

Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego
Jean Monnet Chair of European Constitutional Law

Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych

pod redakcją
Anny Wyrozumskiej



Wydział Prawa
i Administracji



Uniwersytet
ŁÓDZKI

Łódź 2014

Seria wydawnicza Katedry Europejskiego Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Redaktor naukowy serii: prof. dr hab. Anna Wyrozumska

Monografia

© *Copyright by Anna Czaplńska, Marcin Górski, Michał Kaszubski, Izabela-Skomerska
Muchowska, Aneta Wilk, Anna Wyrozumska*

Łódź 2014

ISBN 978-83-937101-3-3

Spis treści

Wstęp (1)

Anna Wyrozumska

Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice (3)

Anna Czaplíńska

Określanie własnej kompetencji przez sądy międzynarodowe – granica czy przejaw swobody orzeczniczej? (83)

Izabela Skomerska-Muchowska

Znaczenie zasad ogólnych prawa dla swobody orzekania w prawie międzynarodowym (107)

Marcin Górski

Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki (148)

Michał Piotr Kaszubski

Reakcja sądów krajowych na dynamiczną wykładnię prawa międzynarodowego (224)

Aneta Wilk

Dialog TSUE z sądami międzynarodowymi o zakresie jego jurysdykcji w świetle art. 344 TFUE (259)

Wstęp

Sądy międzynarodowe w coraz większym stopniu wpływają na rozwój prawa międzynarodowego, a także na prawo krajowe. Coraz częściej pojawiają się też zarzuty, że ich rola nabiera prawotwórczego charakteru, że zastępują one właściwego prawodawcę w międzynarodowym porządku prawnym. To właśnie one zainspirowały nas do podjęcia próby głębszego zbadania roli sądów międzynarodowych w kształtowaniu współczesnego prawa międzynarodowego. Nasze badania prowadziliśmy w latach 2009-2014 w Katedrze Europejskiego Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, w ramach projektu badawczego nr N N110 172636 *Granice swobody orzekania w prawie międzynarodowym i europejskim* (A. Wyrozumska, A. Czaplińska, I. Skomerska-Muchowska, M. Kaszubski, M. Górski), a także pracy nad rozprawą doktorską (A. Wilk). Ich rezultaty zawarliśmy w niniejszej książce.

Naszym podstawowym celem było określenie zakresu swobody orzeczniczej sądów międzynarodowych w warunkach postępujących procesów globalizacyjnych i grożącej prawu międzynarodowemu fragmentacji, poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy współczesny aktywizm sędziowski jest nadmierny i niebezpieczny, czy też mieści się w określonych prawem granicach, a także w jaki sposób może być kontrolowany. Wstępne wyniki naszych prac przedstawiliśmy na konferencji, która odbyła się w dniach 8-9 października 2012 r. w Łodzi i spotkała się z szerokim zainteresowaniem polskiego środowiska naukowego. W jej trakcie uczestnicy reprezentujący różne ośrodki akademickie przedstawili wiele interesujących komentarzy i uwag uzupełniających i wzbogacających nasze badania. Część z nich została rozwinięta w publikacji *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych* (red. A. Wyrozumska, Łódź 2014), która stanowi świadectwo oddziaływania naszych badań w polskiej doktrynie.

Nie było naszym zamiarem podejmowanie teoretycznej dyskusji na temat roli sędziego w międzynarodowym porządku prawnym i weryfikacja różnych poglądów prezentowanych w nauce prawa w tej materii. Przeciwnie, istota naszego projektu badawczego polegała na skupieniu się na praktyce samych sądów międzynarodowych. Przedmiotem naszego zainteresowania była działalność bardzo różnorodnych organów sądowych: sądów o kompetencji ogólnej (jak Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, Stały Trybunał Arbitrażowy), sądów o kompetencji szczegółowej (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza, organy rozstrzygania sporów WTO), sądów praw człowieka (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Międzypaństwowy Trybunał Praw Człowieka), międzynarodowych trybunałów karnych. Ponieważ w wielu wypadkach cechuje ją duża dynamika, stąd konieczne było ograniczenie ram czasowych naszych badań do ostatnich 20 lat. W efekcie poddaliśmy analizie orzecznictwo sądów międzynarodowych z okresu 1990-2014 pod kątem wskazania, w czym się przejawiała i na czym polegała ich prawotwórcza rola i ustalenia, jakie są jej granice. Przyjęliśmy założenie, że rozwijanie prawa, zmienianie go, jest naturalną częścią funkcji orzeczniczej. Nasze badania wykazały, że przyczyny prawotwórczej działalności sądów międzynarodowych leżą w samej naturze prawa międzynarodowego, przede wszystkim w jego niedookreśloności, na którą wpływają różne czynniki (problemy lingwistycznych, formułowanie umów międzynarodowych w wielu językach, zamierzone i niezamierzone luki, powody polityczne itp.). W konsekwencji zadaniem sądów staje się wyjaśnianie nieścisłości

i wypełnianie luk. Naturalnymi narzędziami prawotwórczymi sędziów są interpretacja prawa (zwłaszcza stosowanie wykładni dynamicznej), stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego oraz odwoływanie się do ogólnych zasad prawa.

Prawotwórcza rola sądów międzynarodowych może być postrzegana z różnych perspektyw. Czynniki determinujące swobodę sędziowską mogą mieć charakter zarówno prawny, jak i pozaprawny; mogą wynikać m.in. z kompetencji sądów międzynarodowych, ich składu i struktury, charakteru reżimu, w którym działają, ich roli w ustalaniu istnienia prawa i jego interpretacji oraz ze sposobu recepcji ich orzeczeń przez inne sądy międzynarodowe i sądy krajowe. Te problemy odzwierciedla także struktura niniejszej książki. Otwierający ją tekst A. Wyrozumskiej stanowić ma ogólne wprowadzenie do problematyki prawotwórczej roli sądów międzynarodowych i granic ich orzeczniczej swobody. Pozostałe opracowania poświęcone są bardziej szczegółowym aspektom tej problematyki, jak określanie własnej kompetencji przez sądy międzynarodowe, znaczenie dla orzekania ogólnych zasad prawa, polityczne uwarunkowania roli sądów międzynarodowych czy reakcja sądów krajowych i międzynarodowych na dynamiczną wykładnię prawa międzynarodowego.

Zdajemy sobie sprawę z tego, że ze względu na rozległy zakres i złożoność tematyki badawczej, a także zamierzenie syntetyczny charakter niniejszej publikacji, nie było możliwe odniesienie się do wszystkich związanych z nią zagadnień. Częstość również wyniki naszych badań prowadzą nie tyle do wyjaśnienia wcześniej zidentyfikowanych problemów, ile do stawiania nowych pytań o rolę sądów międzynarodowych w kształtowaniu współczesnego międzynarodowego porządku prawnego. Mamy nadzieję, że nasza książka stanowić będzie istotny wkład do dyskusji na ten temat w polskiej doktrynie i być może stanie się inspiracją dla dalszych badań.

Autorzy

Łódź, wrzesień 2014

Prawotwórcza działalność sądów międzynarodowych i jej granice

Anna Wyrozumska

Spis treści

1. Uwagi wstępne (4)
2. Niedookreśloność prawa międzynarodowego i potrzeba jego doprecyzowania przez sędziów (5)
3. Powoływanie się na własne orzeczenia – dysonans między art. 38 statutu MTS a praktyką (8)
4. Powoływanie się na orzeczenia innych sądów międzynarodowych (13)
5. Orzeczenia sądów międzynarodowych w systemie źródeł prawa międzynarodowego (14)
6. Charakter prawotwórczy opinii doradczych (19)
7. Narzędzia prawotwórcze (22)
 - 7.1. Rozwijanie prawa międzynarodowego w drodze interpretacji (22)
 - 7.2. Rozwijanie prawa międzynarodowego przez stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego (26)
 - 7.3. Rozwijanie prawa międzynarodowego przez odwołanie do zasad ogólnych prawa (32)
8. Sprawa *Tadića* – studium przypadku (34)
9. Wypowiedzi walidacyjne – koncepcja *ius cogens* (40)
10. Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych (44)
 - 10.1. Akceptowalność czy legitymizowanie decyzji sądów międzynarodowych? (44)
 - 10.1.1. Kryterium legalności (47)
 - 10.1.2. Kryterium procedury (48)
 - 10.1.3. Kryterium instytucjonalne (51)
 - 10.2. Weryfikowanie decyzji sądowych (54)
 - 10.2.1. Krytyka na forum ciał politycznych i krytyka społeczna (54)
 - 10.2.2. Zmiana traktatu lub formalnej interpretacji (56)
 - 10.2.3. Niewykonanie wyroku i cofnięcie zgody na jurysdykcję (59)
11. Granice wyznaczane przez sądy krajowe (60)
 - 11.1. Obowiązek wykonania decyzji czy prawo sprzeciwu? (60)
 - 11.2. Sprawy *LaGrand i Avena* (61)
 - 11.3. Przypadek immunitetu jurysdykcyjnego państwa (63)
 - 11.4. Dialog zmieniający (65)
 - 11.4.1. Sprawy *Horncastle/Al-Khawaja* (65)
 - 11.4.2. Sprawa *Hirst* (66)
12. Podsumowanie (71)

1. Uwagi wstępne

Jest kilka powodów, dla których w ostatnich dwudziestu latach odnowiło się zainteresowanie tworzeniem prawa międzynarodowego przez sądy międzynarodowe¹. Z jednej strony powstało wiele nowych sądów międzynarodowych², których wyroki prowadziły niekiedy do konfliktów. Pojawił się problem fragmentacji³ prawa międzynarodowego – sądy często wydają orzeczenia we własnych systemach konwencyjnych i podkreślając odmiennność od systemu powszechnego prawa międzynarodowego usiłują osadzić je na własnych, szczególnych zasadach. Wywołało to niepokoje doktryny o jedność prawa międzynarodowego. Sądom międzynarodowym państwa powierzyły także kontrolę swojego prawa wewnętrznego. Czasami wyrok sądowy prowadzi do konieczności zmiany prawa krajowego przyjętego przez demokratycznie wybrane parlamenty. Tworzenie prawa przez sądy międzynarodowe zaczęto postrzegać jako potencjalne zagrożenie dla jedności prawa krajowego. Krytykowany jest nadmierny lub niepotrzebny sędziowski aktywizm⁴ jak i zbytnia wstrzeźliwość sądów.

Naszym celem jest spojrzenie na rolę, jaką odgrywają sądy międzynarodowe w procesie tworzenia prawa międzynarodowego w ostatnich latach, ustalenie w jaki sposób rozwijają

¹ Zob. T. Ginsburg, *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, Virginia Journal of International Law 2004-2005, vol. 45, s. 631 i n.

² Zob. Ch. Tomuschat, *International Courts and Tribunals*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford University Press 2008, wersja online: www.mpepil.com; Ch. Giorgetti, *The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden-Boston 2012, D. Shelton, *Form, Function, and the Powers of International Courts*, The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 542; zob. listę i klasyfikację sądów międzynarodowych i innych organów C. P. R. Romano, *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*, Journal of International Dispute Settlement 2011, vol. 2, nr 1, s. 241 i n.; idem, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, New York University Journal of International Law & Politics 1999, vol. 31, s. 709 i n., Y. Shanny, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford 2003, s. 3-7; T. Treves, *Judicial Lawmaking in an Era of „Proliferation” of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?*, (w:) R. Wolfrum, V. Roeben (red.) *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin 2005, s. 587-620.

³ Zob. np. M. Koskenniemi, P. Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, Leiden Journal of International Law 2002, vol. 15, nr 3, s. 553 i n.; T. Treves *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, Agenda Internacional Año XVI, N° 27, 2009, s. 213-253, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/.../6845/> dostęp 25.08.2014/; M. Arcari, *The Creeping Constitutionalization and Fragmentation of International Law: From „Constitutional” to „Consistent” Interpretation*, Polish Yearbook of International Law 2013, s. 9 i n.

⁴ Na temat pochodzenia terminu aktywizm sędziowski zob. K. D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism”*, California Law Review 2004, vol. 92, s. 1446 i n.; na temat aktywizmu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (*dalej* MTS lub ICJ) np. H. Thirlway, *Judicial Activism and the International Court of Justice*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Leiden 2002, vol. I, s. 75 i n.; E. Lauterpacht, *The Juridical and Meta-Juridical in International Law*, (w:) J. Makarczyk (red.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague 1996, s. 215 i n.; P. Kooijmans, *The ICJ in 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Policy*, International and Comparative Law Quarterly 2007, vol. 56, s. 741 i n.; wstrzeźliwość Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (*dalej* ETPC) krytykuje np. A. Orakhelashvili, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, European Journal of International Law 2003, vol. 14, s. 529 i n.; F. Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework Analysis*, Journal of International Dispute Settlement 2012, vol. 3, nr 2, s. 247 i n.

one prawo i przy użyciu jakich narzędzi to robią. Działalność prawotwórcza sądów ma inny charakter niż tworzenie prawa przez państwa czy organizacje międzynarodowe. Sądy mogą tworzyć prawo tylko pośrednio. Nie korzystają z nieograniczonej swobody politycznej jak państwa. Spróbujemy zatem w oparciu o praktykę określić jej granice.

2. Niedookreśloność prawa międzynarodowego i potrzeba jego doprecyzowania przez sędziów

Funkcje orzecznicze sądów międzynarodowych polegają na stosowaniu istniejących, uznanych norm i zasad prawa międzynarodowego do problemów podniesionych przez strony. Te normy i zasady muszą jednak być rozwijane, dostosowywane, zmieniane i interpretowane w kontekście konkretnych spraw, ponieważ często są niekompletne. Państwa strony często świadomie dopuszczają niejasności czy luki w tekście, zmniejsza to koszty negocjacji, ryzyko wystąpienia z umowy, czy ułatwia proces ratyfikacji wewnątrz państwa. Czasami strony umowy międzynarodowej sądzą, że lepiej pewne kwestie pozostawić do wyjaśnienia przez orzecznictwo, lub że lepiej pozostawić je prawu zwyczajowemu. Z pewnością nie jest prawdą, że sędziowie tworzą prawo za każdym razem, gdy je stosują lub interpretują.⁵ Interpretacja prawa może być jednak prawotwórcza, jeśli np. służy wypełnieniu luki prawnej lub rozszerza stosowanie prawa na nowy obszar. Sędzia jest także często konfrontowany z konfliktem norm, z kilkoma konkurencyjnymi rozwiązaniami, co stwarza pole do rozwijania prawa międzynarodowego.

W wykładzie dla Akademii Haskiej w 2013 r. J. Crawford zauważył, że choć może to szokować, w prawie międzynarodowym, właśnie ze względu na niekompletność jego norm, nie ma czegoś takiego jak prawidłowa decyzja, lecz zaledwie polityczna preferencja dla jednego lub drugiego rozwiązania⁶. Crawford, odwołując się m.in. do H. L. A. Harta⁷, wskazał na językową (*linguistic*) niedookreśloność prawa międzynarodowego wynikającą najczęściej z niejasnej, wieloznacznej terminologii, różnic w wersjach językowych traktatów, oraz na niedookreśloność materialną (*substantive indeterminacy*), której klasycznym przykładem jest sytuacja, z jaką zmierzył się Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w opinii doradczej z 8 lipca 1996 r. w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej – *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Jeśli upatrujemy funkcji prawa w stosowaniu norm do faktów, staje się

⁵ Na temat potrzeby odróżniania interpretacji i stosowania zob. A. Gourourinis, *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, *Journal of International Dispute Settlement* 2011, vol. 2, nr 1, s. 31 i n.

⁶ J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course on International Law*, *General Course on Public International Law*, Hague Academy of International Law, 2013, *Recueil des cours*, vol. 365, s. 114, pkt 177.

⁷ *Ibidem*, s. 115 i n. Zdaniem Harta, w procesie orzekania pojawiają się problemy podstawowe (*core*), w których jest jasne jak prawo zastosować, i których wynik jest oczywisty oraz „półcienie” (*penumbra*), w których ani zastosowanie konkretnego terminu (*word*) nie jest oczywiste, ani nie można w sposób oczywisty go wykluczyć (s. 607). Hart podaje przykład normy zakazującej wjazdu do publicznego parku pojazdom, i pyta czy „pojazd” oznacza rower, czy także rolki lub samochody-zabawki (*Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 1958, vol. 71, nr 4, s. 606-615). Takich terminów jest wiele w umowach międzynarodowych, a i normy prawa zwyczajowego mogą rodzić podobne problemy interpretacyjne. Hart zauważa, że proces orzekania nie może być zredukowany do dedukcji, [*I]ogic is silent on how to classify particulars – and this is the heart of a judicial decision* (s. 610), znaczenie prawa i jego stosowanie powinno być określane w odniesieniu do celów i dążeń społecznych.

oczywistym, że w wielu przypadkach brakuje odpowiednich norm. Wymagają one zewnętrznego źródła dla rozwiązania problemu, co do zasady jest rolą sędziów. Niekompletna norma wymusza na sędziach kreatywne podejmowanie decyzji przez odpowiednie rozumowanie lub analogię, co pozwala im stosować własne praktyczne i moralne intuicje. W prawie międzynarodowym, jak zauważa dalej Crawford, nie ma standardowego przypadku (*standard case*). Normy prawne nawet, jeśli mają pewne dające się zidentyfikować znaczenie tekstualne, niczego nie determinują. Prawnicy używają argumentów międzynarodowopravných, aby osiągnąć zamierzony przez siebie rezultat. Normy prawne (*legal rules*) są tylko jednym z elementów takich argumentów, „tak jak składniki w gotowaniu, tak normy prawa międzynarodowego nie determinują rezultatu”⁸.

Z konieczności rolą sędziów jest stosowanie, a przy tym rozwijanie prawa⁹. Jałowy wydaje się spór o to, czy uprawnioną rolą sądu jest tworzenie prawa, czy wyłącznie stwierdzanie jego istnienia, tj. deklarowanie prawa, czy prawdziwe jest twierdzenie, że sędziowie nie tworzą prawa tylko je odnajdują lub czy raczej, że tworzą prawo za każdym razem, gdy je stosują. Już wiele lat wcześniej H. Lauterpacht, jeden z najwybitniejszych prawników XX w., którego prace wciąż inspirują, i który miał to szczęście, że jako sędzia MTS, mógł wykorzystać swoje teorie w praktyce, uznawał spór o prawotwórczą rolę sędziego za niemający większego znaczenia praktycznego. W jego wizji prawa międzynarodowego sędziowie pełnią niezbędną rolę zapewnienia przestrzegania rządów prawa (*the rule of law*) w celu zapewnienia pokoju. Gdy sędziowie stosują z konieczności abstrakcyjną normę prawną (a zatem niedookreśloną) do konkretnego przypadku, tworzą normę dla tej indywidualnej sprawy¹⁰. Działalność sędziowska jest, w tym ujęciu, ogniwem w łańcuchu krystalizacji normy prawnej¹¹. Lauterpacht woli jednak dla tej funkcji nie używać terminu „prawotwórcza”, a raczej mówić o rozwijaniu prawa przez sędziów. W jego koncepcji prawo międzynarodowe jest jak każdy system prawny, kompletne. Nie oznacza to jednak, że wszystkie normy w tym systemie muszą być kompletne. Sędziowskie identyfikowanie luk materialnych wskazuje kierunek rozwoju prawa¹². Istotną rolę w tym procesie pełni odwołanie się przez sędziów do ogólnych zasad prawa i analogii wyprowadzanych z prawa krajowego.

W innym miejscu Lauterpacht wskazuje, że są dwa możliwe podejścia do roli sędziego zarówno międzynarodowego, jak i krajowego. Jedno, przyjmujące, że jeśli nie jedynym, to pierwszoplanowym obowiązkiem sędziego jest rozstrzygnąć spór oraz drugie, szerzej postrzegające tę rolę. Sędzia ma nie tylko właściwie rozstrzygać spór, ale i należycie uzasadnić rozstrzygnięcie, wykorzystując te aspekty, które wzbudzają szersze zainteresowanie i które mają szersze odniesienia, po to, aby sformułować ogólne tezy dotyczące prawa, które mogą

⁸ J. Crawford (przypis 6), s. 115, pkt 182.

⁹ Zob. teoretyczne rozważania na ten temat m.in. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, wyd. 2, 1994), w szczególności s. 272-276. Por. koncepcje R. Dworkina, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth 1977; zob. także R. Dworkin, *Law's Empire* Cambridge MA, Harvard University Press 1986; oraz J. Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford 2012.

¹⁰ H. Lauterpacht, *Function of Law in the International Community*, Oxford 1933, s. 255.

¹¹ *Ibidem*, s. 102: „(J)udicial activity is essentially the last link in the chain of the crystallization of the rule of law ... it is the bridge between the necessarily abstract legal rule and the necessarily individual nature of the particular case.”

¹² *Ibidem* s. 68: „How could law have developed if the assumed absence of gaps expressive of its formal completeness were to be identified with the absence of gaps pointing to material perfection?”

je wzbogacić i rozwinąć¹³. Sam postrzega rolę sędziego międzynarodowego w tej drugiej perspektywie. Lauterpacht utożsamiał zatem „tworzenie prawa” (*lawmaking*) z jego „rozwijaniem” (*developing*). Podkreślał przy tym, że prawo stosowane przez sędziów nie jest „mechanicznym produktem bezwysiłkowej interpretacji jasných przejawów woli Państw” (*mechanical product of an effortless interpretation of the clear manifestations of the will of States*)¹⁴. I w tym sensie jest to działalność twórcza.

Do dnia dzisiejszego spostrzeżenia Lauterpachta pozostają aktualne. Sędziowie rozwijają prawo, a więc je zmieniają. Z tego względu ich działalność ma charakter prawotwórczy, choć sami sędziowie wolą jednak zjawisko to inaczej nazywać, co prowokuje np. M. Shapiro do nazwania ich kłamcami¹⁵. MTS np. kilkakrotnie podkreślał, że jego rolą nie jest tworzenie prawa. W sprawie *Fisheries Jurisdiction* w 1973 r. wyjaśnił, że jako sąd oparty na prawie nie może wydać wyroku *sub specie legis ferendae* lub antycypować prawa zanim ustanowi je prawodawca¹⁶. W opinii doradczej z 1996 r. (wydanej na wniosek ZO ONZ) w sprawie legalności groźby i użycia broni jądrowej, odmówił zastąpienia prawodawcy stwierdzając, że w obecnym stanie prawa międzynarodowego i na podstawie faktów, którymi dysponuje, nie może orzec, czy groźba lub użycie broni jądrowej jest legalne albo nielegalne¹⁷. Poszczególni sędziowie MTS także stwierdzali, że rolą sędziego nie jest zastępowanie prawodawcy¹⁸. Zastrzeżenia dotyczące prawotwórczej roli sędziów formułuje również doktryna.

Dla określenia prawotwórczej roli sądów używa się terminu „sądowe tworzenie prawa”. Sądowe tworzenie prawa jest koncepcją akademicką, a nie prawa pozytywnego. Bywa ono niekiedy opisywane jako proces legislacyjny. Proces legislacyjny, jak się powszechnie przyjmuje, wymaga ocen wartościujących, tj. ocen subiektywnych, a więc także politycznych. Jego polityczny charakter sprawia, że przypisany jest w zasadzie do parlamentarzystów, osób odpowiedzialnych przed swoimi wyborcami, co legitymizuje ten proces. Tymczasem strony sporu rozpatrywanego przez sąd mają prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy w postępowaniu, w którym polityczne preferencje sędziów nie powinny wpływać na jego wynik. Ponadto wykonywanie przymusu wobec jednostek może być usprawiedliwione w dwóch przypadkach: po pierwsze, przez odwołanie się do normy, która powstała w drodze demokratycznego procesu decyzyjnego (legislacji) i po drugie, przez stosowanie normy do faktów w procesie, który jest niezależny od procesu decyzyjnego, który ją wygenerował. Sądowe

¹³ G. Fitzmaurice, *Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge*, British Yearbook of International Law 1961, vol. 37, s. 1.

¹⁴ H. Lauterpacht *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1958, s. 21-22. Pośrednim celem MTS jest rozwijanie prawa międzynarodowego (s. 66).

¹⁵ M. Shapiro, *Judges as Liars*, Harvard Journal of Law & Public Policy 1994, vol. 17, s. 155 i n.

¹⁶ Wyrok MTS w sprawie *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland) (Merits), ICJ Reports 1974, pkt 53.

¹⁷ Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, pkt 97.

¹⁸ Np. sędzia G. Guillaume (separate opinion), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, (przypis 17), pkt 14: “that it is not the role of the judge to take the place of the legislator (...). [T]he Court must limit itself to recording the state of the law without being able to substitute its assessment for the will of sovereign States. It is the mark of the greatness of a judge to remain within his role in all humility, whatever religious, philosophical or moral debates he may conduct with himself.”

tworzenie prawa jest zatem problematyczne, ponieważ narusza te wymogi¹⁹. Obiekcje te uświadamiają, że działalność prawotwórcza sądów potrzebuje dobrego uzasadnienia, m.in. demokratycznej legitymacji sędziego do tworzenia prawa. Poświęćmy tym problemom drugą część opracowania.

Z naszego pola widzenia nie może jednak umknąć fakt, że sędziowie nie tylko rozstrzygają spory między stronami. Niektóre sądy międzynarodowe wykonują w postępowaniach niespornych funkcję opiniodawczą. Często są proszone o określenie norm prawnych w odpowiedzi na pytania abstrakcyjne lub hipotetyczne kierowane do nich przez upoważnione do tego organy organizacji międzynarodowych, państwa itp. Choć opinia doradcza może nie być prawnie wiążąca, jest szczególnym polem dającym duże możliwości rozwijania prawa w danej dziedzinie.

3. Powoływanie się na własne orzeczenia – dysonans między art. 38 statutu MTS a praktyką

Orzeczenia sądów międzynarodowych wiążą tylko strony sporu. Nie wiążą innych państw, ani samego sądu, który je wydał. Tymczasem przypisanie sądom prawotwórczej roli zakłada, że decyzja sądu oddziałuje na osoby trzecie, a zatem, że wyrok ma moc normatywną. Jeśli wyrok nie wiąże podmiotów trzecich, czy mimo to może stworzyć dla nich prawo?

Orzeczenia sądów międzynarodowych nie tworzą precedensu, w takim sensie, jaki nadał temu terminowi *common law*. A jednak sądy odwołują się do swoich orzeczeń, a strony sporu powołują się na orzeczenia sądowe argumentując na ich podstawie na rzecz swojego stanowiska.

G. Guillaume pokazuje na przykładzie statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (*dalej* – STSM lub PCIJ) z 1922 r. sprzeczność pojawiającą się w tym zakresie²⁰. Z jednej strony utworzenie Trybunału było podyktowane koniecznością rozwijania prawa międzynarodowego przez decyzje sędziowskie. Z drugiej strony, projektodawcy zastrzegali, że Trybunał nie może być prawodawcą (*the Court cannot act as legislator* – Lapradelle), oraz że decyzje sądowe stwierdzają, lecz nie tworzą prawa (*judicial decisions state, but do not create law* – Lord Phillimore)²¹.

Odzwierciedlił te zastrzeżenia przyjęty przez Komitet Doradczy Prawników tekst art. 38 statutu STSM. Przepis ten w ustępach od (a) do (c) stanowił, że Trybunał stosuje umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy oraz ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane. Następnie w pkt. d, że decyzje sądowe i zdania najznakomitszych znawców prawa stanowią jedynie „środek pomocniczy do stwierdzania norm prawnych” (*subsidiary means for the determination of rules of law*). Tekst okazał się jednak zbyt „słaby” dla niektó-

¹⁹ Zarysujemy tu tylko problem, szeroko dyskutowana jest obecnie m.in. książka na temat politycznej roli sędziów i potrzeby legitymizowania decyzji sądowych, D. Kennedy'ego, *A Critique of Adjudication: (Fin De Siècle)*, Cambridge 1997.

²⁰ G. Guillaume, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, Journal of International Dispute Settlement 2011, vol. 2, nr 1, s. 5-23. Por. G. I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford 2014, s. 156 i n.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 7, Oxford 2008, s. 21; R. Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Collection de droit international, Bruxelles 2006, s. 261-285.

²¹ Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee*, June 16th – July 24th, 1920, s. 584.

rych członków Komitetu²², a także dla Rady Ligii Narodów. Rada nie tylko dodała do statutu art. 59 stwierdzający wyraźnie, że „wyrok sądu wiąże tylko strony będące w sporze i tylko w stosunku do danego sporu”, ale i poprawiła art. 38 ust. 1 pkt d, który pozwolił Trybunałowi odwoływać się do decyzji sądowych „z zastrzeżeniem postanowień art. 59”²³. Trzeba jednak zauważyć, że zgłoszona w trakcie debat przez Argentynę poprawka, zmierzająca do wykluczenia możliwości nabycia przez decyzje Trybunału charakteru precedensu, została odrzucona²⁴.

Statut STSM został przejęty jako statut MTS. Przepisy podobne do art. 59 statutu MTS zawierają także statuty innych sądów międzynarodowych, np. art 296 Konwencji prawa morza z 1982 r. w odniesieniu do Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza, art. 46 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 68 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka. Wiele decyzji sądowych rodzi oczekiwanie, że sąd zachowa się podobnie w podobnej sprawie. Stąd też zarówno sądy krajowe, jak i sądy międzynarodowe odwołują się do swoich decyzji, utrwalając własne orzecznictwo²⁵. Powoływanie się przez sąd na swoje poprzednie wyroki (w tym sensie precedens²⁶) może być spowodowane różnorodnymi przyczynami, koniecznością zapewnienia stronom równości, sprawiedliwości, jednolitości orzekania, stabilności i ciągłości. Można wręcz twierdzić, że znajduje uzasadnienie w zasadzie pewności prawa i ochrony uprawnionych oczekiwań skarżących²⁷. Proces ten jest bliski rzeczywistemu działaniu precedensu w prawie międzynarodowym²⁸.

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślał wielokrotnie, że zgodnie ze swoim Regulaminem, nie jest związany wcześniejszymi orzeczeniami, ale także zapewniał, że zwykle kieruje się swoją wcześniejszą linią orzecniczą w interesie pewności prawa i systematycznego rozwoju konwencyjnego *case-law*. Nie stanowi to jednak przeszkody w przyjęciu odmiennego rozwiązania, jeśli Trybunał będzie przekonany, że istnieją ku temu istotne powody. Takie odejście od linii orzecniczej może być uzasadnione, zdaniem Trybunału, np. koniecznością

²² Zob. A. J. Balfour i L. Bourgeois, *ibidem*, s. 592-93, 745-746.

²³ W jednym z wczesnych orzeczeń STSM stwierdził, że celem art. 59 statutu jest zapobiegać, by zasady prawne zaakceptowane przez Trybunał w konkretnej sprawie nie wiązały innych państw lub w innych sprawach (*German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland), PCIJ 1926, Ser. A, nr 7, s. 19).

²⁴ *Procès-verbaux* (przypis 21), s. 94.

²⁵ Ale np. art. 21 ust. 2 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (*dalej* MTK) wyraźnie stwierdza: „Trybunał może stosować zasady i reguły zgodnie z ich interpretacją zawartą w poprzednich orzeczeniach.”

²⁶ M. Jacob, *Precedents: Lawmaking through International Adjudication*, German Law Journal 2011, vol. 12, nr 5, s. 1023 – precedensy w prawie międzynarodowym są postrzegane nie jako normatywne zobowiązania, lecz jako ciężary dowodowe obciążające stronę, która chciałaby osiągnąć inny skutek niż ten, który wynika z poprzedniej decyzji. Zob. też M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008; Ch. S. Gibson, Ch. R. Drahozal, *Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration*, Journal of International Arbitration 2006, vol. 23, nr 6, s. 521 i n.

²⁷ M. Jacob (przypis 26), s. 1017; T. Ginsburg, zauważa, że sędziowie ukrywają swoją prawotwórczą rolę, opierają się na własnych precedensach „udając”, że to „deductive extensions of pre-existing law”, (przypis 1), s. 636.

²⁸ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures 1996; *idem*, *Consistency in Holdings by International Tribunals*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), (przypis 4), vol. I, cz. 2, s. 633 i n.

zapewnienia, aby interpretacja Europejskiej Konwencji Praw Człowieka odzwierciedlała zmiany społeczne i pozostawała w zgodzie z rzeczywistością²⁹.

Organ odwoławczy WTO (Appellate Body) w decyzji dotyczącej *US anti-dumping measures and designed stainless steel*, również stwierdził, że w braku przekonujących powodów uzasadniających odstępstwo (*cogent reasons*), będzie rozstrzygał takie same problemy prawne w taki sam sposób w następnych sprawach³⁰.

MTS, podobnie jak wcześniej STSM, potwierdził, że jego wyrok wiąże tylko strony sporu³¹. Nie jest zatem zobowiązany do przestrzegania precedensu. Mimo to, aby zapewnić spójność orzecznictwu³² często odwołuje się do swoich wcześniejszych orzeczeń albo powołuje się na utrwalone orzecznictwo (*settled jurisprudence, jurisprudence constante*)³³.

Praktyki tej nie udało się zakwestionować. Usiłowała zrobić to Nigeria. W sporze *Kamerun v. Nigeria* dotyczącym delimitacji granicy lądowej i morskiej, w fazie dopuszczalności, Kamerun powoływał orzeczenie MTS z 1957 r. w sprawie przejścia przez terytorium indyjskie (chodziło o ustalenie wzajemnego skutku deklaracji jednostronnych uznających jurysdykcję MTS, Nigerii z 1965 r. i Kamerunu złożonej tuż przed skierowaniem sprawy do Trybunału, w 1994 r.). Nigeria twierząc, że MTS nie ma w tej sprawie jurysdykcji (wniosek Kamerunu był przedwczesny, nie pozostawił Nigerii czasu na reakcję itp.) argumentowała w oparciu o art. 59 statutu MTS, że orzeczenie z 1957 r. jej nie wiąże, a ponadto jest nieaktualne. Trybunał przypomniał najpierw swoje orzeczenie, trochę je rozszerzając. Odrzucił argument Nigerii, że chodzi o pojedyncze rozstrzygnięcie, i dodał, że nie jest kwestią dyskusyjną, czy strony powinny być związane rozstrzygnięciami sądu w innych sprawach, ale czy istnieje jakiś powód, dla którego sąd miałby od wcześniejszej linii orzeczniczej odstąpić³⁴.

²⁹ Zob. np. wyrok ETPC z 27 września 1990 r. w sprawie nr 10843/84, *Cossey v. UK*, pkt 35.

³⁰ Decyzja The Appellate Body z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie nr WT/DS/344/AB/R, *US anti-dumping measures and designed stainless steel*.

³¹ Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)* (Application by Italy for Permission to Intervene), ICJ Reports 1984, pkt 42: "In the first place, the rights claimed by Italy would be safeguarded by Article 59 of the Statute, which provides that "The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case". Much argument has been addressed, in the course of these proceedings, to the question of the relationship between Article 62 of the Statute and Article 59. It is clear from the latter provision that the principles and rules of international law found by the Court to be applicable to the delimitation between Libya and Malta, and the indications given by the Court as to their application in practice, cannot be relied on by the Parties against any other State. As the Permanent Court of International Justice observed, "the object of Article 59 is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding also upon other States or in other disputes" (P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 21)".

³² We wspólnej deklaracji, siedmiu sędziów MTS stwierdziło, że Trybunał wybierając między dopuszczalnymi opcjami musi się kierować trzema zasadami: zapewnieniem spójności orzecznictwu aby było ono przewidywalne (spójność stanowi esencję rozumowania prawniczego), zasadą pewności, która wymaga oparcia się na najbardziej pewnej podstawie, wybierając zaś właściwą podstawę, sąd musi mieć na uwadze możliwe implikacje i konsekwencje dla innych zawistych spraw (*Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby* do wyroku MTS w sprawie *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal)* (Preliminary Objections), ICJ Reports 2004, pkt 3).

³³ Np. w wyroku MTS w sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), ICJ Reports 1980, pkt 33.

³⁴ Wyrok MTS w sprawie *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Preliminary Objections) (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 1998, pkt 28. Trybunał utrzymał wcześniejsze rozwiązanie.

Prawdą jest, że w prawie międzynarodowym nie działa doktryna *stare decisis*, czyli że sąd nie jest zobowiązany do odwoływania się do swoich wyroków i orzekania tak jak zrobił to w podobnej sprawie. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że taki stan nie hamuje procesu rozwijania prawa przez sądy międzynarodowe, a wręcz sprzyja odpowiadaniu na nowe wyzwania i uwzględnianiu zmian społecznych.

Nie wszystkie wyroki sądowe oddziałują podobnie. Wiele zależy od materii, od tego czy wyrok lub opinia doradcza przyjęte były jednomyślnie, czy tylko niewielką przewagą głosów, czy są orzeczeniami izby czy całego sądu. Często powoływane decyzje (utrwalone orzecznictwo) mają większą wagę niż pojedynczy wyrok. Inaczej oddziałuje ważkie uzasadnienie operatywnej części orzeczenia aniżeli *obiter dicta*. Nie można jednak w tym względzie opierać się na uogólnieniach. Czasami także i *obiter dicta* mogą pobudzić proces prawotwórczy³⁵, podobnie jak i opinia pojedynczego sędziego lub kilku sędziów.

Sądy międzynarodowe czasami odchodzą od wcześniejszych rozwiązań i najczęściej ten fakt przemilczają³⁶. Proces ponownego rozważania i przemodelowywania sytemu³⁷ jest charakterystyczny dla każdego sądu, a nie tylko tego, który z założenia operuje w systemie dynamicznym (jak np. ETPC), choć trzeba zauważyć, że MTS jest w tej dziedzinie bardziej ostrożny³⁸.

Jednym z wielu przykładów takiej sytuacji jest seria orzeczeń ETPC dotycząca statusu prawnego transseksualistów. Począwszy od orzeczenia z 1986 r. w sprawie *Rees v. UK*, Trybunał konsekwentnie stwierdzał, że odmowa władz brytyjskich zmiany aktów stanu cywilnego po zmianie płci nie stanowi naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (*dalej EKPC*)³⁹. Kilka lat później w wyroku w sprawie *Christine Goodwin v. UK* Trybunał jednomyślnie zmienił stanowisko, usprawiedliwiając to m.in. potrzebą dynamicznej interpretacji Konwencji, która musi zapewniać, że prawa nią chronione są „praktyczne i skuteczne a nie teoretyczne i pozorne”, co zresztą Trybunał powtarza w swoich orzeczeniach jak mantrę⁴⁰.

³⁵ Np. stwierdzenie MTS dotyczące skutku *erga omnes* w wyroku w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, pkt. 33-34.

³⁶ Sądy często stosują technikę odróżniania sprawy od precedensów (zob. szerzej M. Jacob, (przypis 26), s. 1029). MTS w sporze delimitacyjnym między Nikaragwą i Hondurasem – uznał, że specjalne czynniki uzasadniają zastosowanie innej linii (*bisector line*) aniżeli tradycyjna linia równych odległości (*equidistance*), jednocześnie potwierdził swoje orzecznictwo dotyczące art. 15 UNCLOS (wyrok MTS z 8 października 2007 r., w sprawie *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), ICJ Reports 2007, pkt. 268-287). MTS wyjaśnia zmiany swoich rozstrzygnięć odróżnianiem sytuacji i unika uogólniania (por. *Legality of Use of Force* i orzecznictwo w sprawach *Genocide*, gdzie MTS uniknęła sformułowania ogólnego stanowiska w sprawie dostępu do Trybunału (*locus standi* byłej Jugosławii, a następnie Serbii) opierając się na tym, że w 2000 r. Serbia została członkiem ONZ. (Zob. np. wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Preliminary Objections) (Croatia v. Serbia), ICJ Reports 2008, pkt. 36, 52-56, 57 i n.)

³⁷ M. Jacob (przypis 26), s. 1021

³⁸ G. Guillaume (przypis 20), s. 14: „But those global jurisdictions, concerned about legal certainty, only do this with prudence, while the European jurisdictions do not hesitate to overrule precedent – at times in disguise, other times in plain sight – in the name of goals that they intend to pursue.”

³⁹ Wyrok ETPC z 17 października 1986 r. w sprawie nr 9532/81, *Ress v. UK*, następnie wyrok w sprawie *Cossey v. UK* (przypis 29), wyrok z 22 kwietnia 1997 r. w sprawie nr 21830/93, *X., Y. and Z. v. UK*; wyrok z 30 lipca 1998 r. w sprawach połączonych nr 31–32/1997/815–816/1018–1019, *Sheffield and Horsham v. UK*.

⁴⁰ Wyrok ETPC z 11 lipca 2002 r. w sprawie nr 28957/95, *Christine Goodwin v. UK*. Zob. M. Balcerzak, *Zakres ochrony życia seksualnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*,

Przykładem natomiast zmiany linii orzeczniczej MTS jest ewolucja orzecznictwa dotyczącego delimitacji obszarów morskich. W 1969 r. w sprawie *North Sea Continental Shelf* Trybunał zdecydował, odchodząc od stosowanej do tej pory metody *equidistance* – równych odległości⁴¹, że delimitacja szelfu kontynentalnego powinna być oparta na zasadach słuszności zmodyfikowanych przez szczególne okoliczności, w tym czynniki geologiczne (*equitable principles, and taking account of all relevant circumstances*). Podobne zasady zastosował w wyroku z 1982 r. do delimitacji szelfu między Tunezją i Libią⁴², potem w 1984 r. w sprawie *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, odrzucając jednak wzięcie pod uwagę niejasnej sytuacji geologicznej⁴³. Rozstrzygająca w tej sprawie Izba Trybunału wyraźnie zastrzegła, że każda delimitacja jest unikalna.

Zdając sobie sprawę z rozbieżności w orzecznictwie, Trybunał stopniowo odwracał zasadę. W sprawie *Libia v. Malta* zastosował metodę *equidistance*, ale zmodyfikował ją w oparciu o zasady słuszności (ogólna konfiguracja wybrzeży, ich długość)⁴⁴. Następnie w sprawie między Danią i Norwegią dotyczącej delimitacji między Grenlandią i Jan Mayen Trybunał ujednolicił orzecznictwo dotyczące delimitacji szelfu, morza terytorialnego, wyłącznej strefy ekonomicznej wskazując, że we wszystkich przypadkach delimitacji punktem wyjściowym powinna być *equidistance*, która może być dostosowana do szczególnych czynników związanych z charakterystyką konkretnego wybrzeża⁴⁵. W końcu w 2001 r. Trybunał podsumował i uogólnił swoje orzecznictwo w wyroku w sprawie *Bahrain v. Katar*⁴⁶, a następnie powtórzył je i zastosował w 2009 r. w wyroku w sprawie dotyczącej delimitacji na Morzu Czarnym (*Rumunia v. Ukraina*)⁴⁷ oraz w wyroku z 27 stycznia 2014 r. w sporze *Peru v. Chile*⁴⁸.

(w:) C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 239 i n.

⁴¹ Zgodnie z tą metodą granica morska między państwami powinna być wyznaczona przez linię środkową, której każdy punkt jest jednakowo odległy od najbliższych punktów wybrzeży obu państw. Wyrok MTS w sprawie *North Sea Continental Shelf* (Germany v. Denmark and the Netherlands), ICJ Reports 1969, pkt 101.

⁴² Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf* (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), ICJ Reports 1982.

⁴³ Wyrok MTS (Izba) w sprawie *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. USA), ICJ Reports 1984, pkt 112.

⁴⁴ Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), ICJ Reports 1985.

⁴⁵ Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (Denmark v. Norway), ICJ Reports 1993.

⁴⁶ Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 2001, pkt. 224-234.

⁴⁷ Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation in the Black Sea* (Romania v. Ukraine), ICJ Reports 2009, pkt. 115-122, podobnie *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), ICJ Reports 2012 (II), pkt. 190-193.

⁴⁸ Wyrok MTS w sprawie *Maritime Dispute* (Peru v. Chile), ICJ Reports 2014, pkt 180: „The methodology which the Court usually employs in seeking an equitable solution involves three stages. In the first, it constructs a provisional equidistance line unless there are compelling reasons preventing that. At the second stage, it considers whether there are relevant circumstances which may call for an adjustment of that line to achieve an equitable result. At the third stage, the Court conducts a disproportionality test in which it assesses whether the effect of the line, as adjusted, is such that the Parties' respective shares of the relevant area are markedly disproportionate to the lengths of their relevant coasts (...).”

Jeśli praktyka stosowania prawa ma opierać się realiach to zmiany linii orzeczniczej są niezbędne. Nie przeczą prawotwórczej roli sądów międzynarodowych, a wręcz ją uwypuklają. Służą w większości przypadków budowaniu systemu prawa w danej dziedzinie.

4. Powoływanie się na orzeczenia innych sądów międzynarodowych

Sądy międzynarodowe nie tylko powołują się na swoje orzeczenia, ale także odwołują się do orzeczeń innych sądów międzynarodowych, czasami dla poparcia swoich tez, innym razem żeby się z nimi nie zgodzić⁴⁹. Jest to praktyka znana od dawna. Niemniej w związku z proliferacją sądów międzynarodowych, brakiem zhierarchizowanego systemu sądowego⁵⁰ nabiera ona nowego znaczenia i niesie ze sobą niebezpieczeństwo rozbieżnych orzeczeń, niespójności systemu, jego fragmentacji itp.

Sądy międzynarodowe odwołują się najczęściej do orzeczeń innych sądów dla ustalenia prawa zwyczajowego. Przykładowo Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza (dalej *MTPM*) w sprawie *Saiga (No. 2)* odwołał się z aprobatą do wyroku MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*⁵¹, w którym MTS ustalił dwa warunki powołania się na stan konieczności (*state of necessity*) znoszący międzynarodową bezprawność aktu, i stwierdził, że muszą być one spełnione łącznie oraz że „odzwierciedlają międzynarodowe prawo zwyczajowe”. Trybunał Prawa Morza zauważał przy tym, że te same warunki formułuje art. 33 ust 1 Projektu artykułów dotyczących odpowiedzialności państwa z 1996 r. (*Draft Articles on State Responsibility*) przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego⁵².

⁴⁹ E. Voeten, *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, The Journal of Legal Studies 2010, vol. 39, nr 2, s. 547 i n.; A. M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, University of Richmond Law Review 1994, vol. 29, s. 99 i n., *idem*, *The Global Community of Courts*, Harvard International Law Journal 2003, vol. 44, s. 191 i n., *idem*, *A New World Order*, Princeton 2004.

⁵⁰ W sprawie *Tadić* Izba Apelacyjna odwołała się do zdecentralizowanej struktury prawa międzynarodowego i stwierdziła, że „every tribunal is a self-contained system”. Zob. decyzję MTKJ z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, pkt 11: “International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour. Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its “judicial character”, as shall be discussed later on. Such limitations cannot, however, be presumed and, in any case, they cannot be deduced from the concept of jurisdiction itself.” Podobnie Izba Apelacyjna w wyroku w sprawie dotyczącej obozu w Čelebići uznała się za autonomiczny organ sądowy (*autonomous international judicial body*), zauważyła potrzebę spójności prawa międzynarodowego, ale stwierdziła, że nie ma hierarchicznej podległości między MTKJ i MTS (wyrok MTKJ z 20 lutego 2001 r. w sprawie nr IT-96-21-A, *Prosecutor v. Delalić*, pkt 24).

⁵¹ Wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997, pkt. 51-52.

⁵² Wyrok MTPM z 1 lipca 1999 r. w sprawie *Saiga (No. 2)*, pkt. 133-4. W tym samym wyroku Trybunał Prawa Morza powołał orzeczenia innych sądów, a także komisji śledczej: STSM (pkt. 120, 170), sądu arbitrażowego sprawa *S.S. „I’m Alone”* (Canada v. United States z 1935 r.), sprawa *The Red Crusader* (Commission of Enquiry, Denmark - United Kingdom, 1962), w celu ustalenia warunków legalności gorącego pościgu (pkt 156 orzeczenia).

W orzeczeniu w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State*, dla ustalenia zakresu prawa zwyczajowego dotyczącego immunitetu jurysdykcyjnego państwa, MTS powołał się m.in. na dwa orzeczenia ETPC w sprawach *Al-Adsani* oraz *Kalogeropoulou*, aby konkludować, że nie wykształciła się norma prawa zwyczajowego, która wyłączałaby immunitet państwa w przypadku, gdy państwu zarzuca się popełnienie poważnych naruszeń praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych (norm o charakterze *ius cogens*)⁵³.

Odwoływanie się do orzeczeń innych sądów jest elementem procesu tworzenia prawa. W tym procesie może jednak pojawić się konieczność skrytykowania orzeczenia innego sądu. W sprawie *Tadić* Izba Apelacyjna MTKJ odmówiła zastosowania rozstrzygnięcia MTS w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁵⁴ dotyczącego prawa mającego zastosowanie do odpowiedzialności państwa zaangażowanego w wewnętrzny konflikt zbrojny na terytorium innego państwa (*zob. dalej pkt 8*). Izba Apelacyjna odrzuciła test efektywnej kontroli (*effective control test*) zaakceptowany we wcześniejszym wyroku przez Izbę Procesową Trybunału. Uznała, że nie jest on przekonujący⁵⁵.

W sprawie *Loizidou* ETPC zdystansował się od orzecznictwa MTS dotyczącego zastrzeżeń składanych do umów międzynarodowych powołując się na szczególny charakter umów dotyczących ochrony praw człowieka⁵⁶.

5. Orzeczenia sądów międzynarodowych w systemie źródeł prawa międzynarodowego

Art. 38 statutu MTS wymienia podstawy wyrokowania Trybunału, ale powszechnie uważany jest za katalog, choć niekompletny, źródeł prawa międzynarodowego. Źródła wskazane w jego ust. 1 uważane są na ogół za źródła formalne prawa międzynarodowego, przez co rozumie się proces, w wyniku którego normy prawa międzynarodowego można zidentyfikować i w wyniku którego stają się prawnie wiążące (formę, w której prawo się przejawia)⁵⁷. Źródła formalne nie tworzą jako takie prawa, lecz je artykułują (Rousseau zauważa, że nie są *des modes de création* prawa lecz *des modes de constatation*⁵⁸).

Od źródeł formalnych odróżnia się źródła materialne, które definiowane są najczęściej jako polityczne, socjologiczne, ekonomiczne, moralne lub religijne przesłanki powstania normy prawnej⁵⁹.

⁵³ Wyrok MTS z 2 lutego 2012 r. w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), ICJ Reports 2012, pkt. 90-91.

⁵⁴ Wyrok MTS w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986.

⁵⁵ Zob. dalej pkt 8.

⁵⁶ Wyrok ETPC z 23 marca 1995 r. w sprawie nr 15318/89 *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), pkt. 68 i n.

⁵⁷ Zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 33-34; A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, *Commentary to the Statute of the International Court of Justice*, Oxford 2006, s. 714, pkt 109. Por. R. Jennings, A. Watts (red.), *Oppenheim's International Law*, vol. I Peace, wyd. 9, London, New York 1996, s. 23-24.

⁵⁸ Ch. Rousseau, *Droit international public*, Tome I, *Introduction et sources*, Paris 1970, s. 57.

⁵⁹ „The former (...) is the source from which the legal rules derives its legal validity, while the latter denotes the provenance of the substantive content of that rule”, *Oppenheim's International Law* (przypis 57), s. 23.

Nieco inaczej pojmują źródła materialne Ch. Rousseau. Są to, jego zdaniem, m.in. opinia publiczna, zbiorowa świadomość, poczucie sprawiedliwości, przekonania prawne, solidarność, poczucie współzależności społecznej itp., które są określone przez cały kompleks faktów materialnych (potrzeby ekonomiczne, organizacja polityczna), oraz koncepcje i idee (tradycje, wierzenia, aspiracje narodowe lub społeczne)⁶⁰. Są one sprawczymi źródłami prawa – *des sources créatrices*, które same w sobie mają jednak charakter pozaprawny.

Art. 38 ust. 1 statutu MTS wprowadza także rozróżnienie między źródłami formalnymi, wyraźnie kwalifikując orzecznictwo i doktrynę, jako innego typu źródła niż te wymienione w punktach a, b, c, nazywając je w wersji francuskiej *un moyen auxiliaire*, a w wersji angielskiej *subsidiary mean*. Termin *subsidiary* (co zauważył m.in. M. Hudson⁶¹) może być uważany za oznaczający, że te źródła są podporządkowane innym wskazanym w art. 38, tj. brane pod uwagę wtedy, gdy nie ma ani traktatu, ani zwyczaju, ani zasady ogólnej prawa, którą można by było zastosować, francuski termin *auxiliaire* wydaje się natomiast wskazywać, że źródła te służą potwierdzeniu istniejących norm. Taka interpretacja w doktrynie przeważa.

Zgodnie zatem z art. 38 ust. 1 pkt d statutu MTS, decyzje sądowe stanowią jedynie posiłkowe źródło prawa międzynarodowego służące do ustalenia jego treści. Jest to więc źródło pośrednie⁶², w istocie dokumentacyjne, mogące stanowić dowód istnienia normy. W związku z tym *chapeau* art. 38 ust. 1 do nich nie pasuje. Trybunał bowiem nie „stosuje” orzecznictwa i doktryny, lecz używa ich jako narzędzia do odnalezienia norm prawnych zawartych w źródłach wymienionych w pierwszych trzech punktach art. 38 ust. 1. Zwrócić też trzeba uwagę, że art. 38 ust. 1 pkt d odnosi się nie do pojedynczej decyzji sądowej, lecz do ukształtowanego orzecznictwa. Ukształtowane orzecznictwo może wyjaśnić lub potwierdzić, które normy ma sąd zastosować.

Niektórzy autorzy, na przykład R. Y. Jennings, nie negując twórczego elementu zawartego w decyzjach sądowych uważają, że ich znaczenie mieści się w zasadzie w formule art. 38 ust. 1 pkt d. Jennings podkreśla, że sędziowie nie są umocowani do tworzenia nowego prawa. Jest jednak ogólnie znane, że interpretacja prawa zawiera w sobie element kreatywny. Interpretując normę sędzia dostosowuje ją do nowych sytuacji i potrzeb, a tym samym rozwija ją w takim zakresie, który może być uważany za jej zmienianie. Tym niemniej, zasada, że sędziowie nie tworzą prawa jest podstawową zasadą procesu orzekania. Wszelkie modyfikacje i rozwój muszą mieścić się w parametrach dopuszczalnej interpretacji. Inaczej sędziowie tracą podstawę swojego autorytetu. Strony zwracają się do nich o rozstrzygnięcie sporu nie dlatego, że są mądrzy lub są jak politycy, lecz dlatego, że znają prawo. Dalej Jennings stwierdza: „uważam język art. 38 za podstawowy co do zasady i nie widzę większych trudności w postrzeganiu pomocniczych środków do stwierdzenia istnienia prawa jako źródeł prawa, nie tylko przez analogię lecz bezpośrednio”⁶³.

⁶⁰ Ch. Rousseau (przypis 58), s. 58.

⁶¹ *Commentary to the Statute of the International Court of Justice* (przypis 57), s. 784.

⁶² *Oppenheim's International Law* (przypis 57), s. 41.

⁶³ „Article 38 of the Hague Court's Statute speaks of judicial decisions as a "subsidiary means for the determination of rules of law". This provision I understand as a necessary recognition that judges, whether national or international, are not empowered to make new laws. Of course we all know that interpretation does, and indeed should, have a creative element in adapting rules to new situations and needs, and therefore also in developing it even to an extent that might be regarded as changing it. Nevertheless, the principle that judges are not empowered to make new law is a basic principle of the process of adjudication. Any modification and development must be seen to be within the parame-

W piśmiennictwie na ogół podkreśla się, że rola decyzji sądowych jest w rzeczywistości znacznie bardziej złożona niż ta, którą opisuje art. 38 ust. 1 pkt d statutu MTS, a wpływ sędziów na rozwój prawa międzynarodowego jest ogromny⁶⁴.

Oppenheim's International Law zauważa, że biorąc pod uwagę zastrzeżenie dotyczące art. 59 statutu MTS zawarte w art. 38 ust. 1 pkt d, sędziowie nie tworzą prawa, lecz je stosują. Ich rola jest wtórna (*secondary*), gdyż prawo, które stwierdzają (*propound*) ma swoje uprzednie źródło. Tym niemniej, decyzja sądowa stała się najważniejszym czynnikiem w rozwoju prawa międzynarodowego, a autorytet oraz siła perswazyjna decyzji sądowych może czasami nadać im większe znaczenie niż to, które zostało im formalnie przypisane⁶⁵.

W tym ujęciu, można się zgodzić, że w swojej perswazyjnej roli, kształtując prawne przekonania, orzeczenia sądów międzynarodowych stanowią także źródło materialne prawa międzynarodowego, czy jak nazywa je Ch. Rousseau — *des sources créatrices*.

Podobnie wydaje się postrzegać rolę decyzji sądów międzynarodowych I. Brownlie. Ma on jednak generalnie krytyczne podejście do ogólnie przyjmowanych podziałów i definicji źródeł prawa międzynarodowego. Opowiada się w zasadzie przeciwko rozróżnianiu w prawie międzynarodowym źródeł formalnych, przez co rozumie procedury i metody tworzenia norm ogólnego stosowania wiążących adresatów, i źródeł materialnych, tj. dostarczających dowodów istnienia norm, dowodów istnienia zgody państw. „Udowodnione” normy mają status prawnie wiążących norm ogólnego stosowania. Podział na źródła formalne i materialne wywodzi się z prawa konstytucyjnego, ale termin – formalne źródło – jest w prawie międzynarodowym mylący, nie istnieją bowiem procedury tworzenia prawa międzynarodowego na wzór procedur legislacyjnych prawa krajowego. Natomiast w prawie międzynarodowym funkcjonuje jako substytut zasady, że ogólna zgoda państw (*the general consent of states*) tworzy normy ogólnego stosowania (*general application*)⁶⁶. Powinno się zatem raczej rozróżniać źródła zobowiązań i źródła norm ogólnego stosowania⁶⁷.

Niezależnie od problemów z wyróżnianiem formalnych i materialnych źródeł, to co jest rzeczywiście istotne to fakt istnienia wielu źródeł materialnych, ważnych dowodów (*evidences*) istnienia zgody państw dotyczącej poszczególnych norm i praktyk. Decyzje sądu międzynarodowego, podobnie jak rezolucje ZO ONZ czy umowy wielostronne o charakterze *law-making*, są materialnym dowodem (*very material evidence*) stanowiska państw w stosunku do poszczególnych norm i istnienia lub braku konsensusu. Brownlie zwraca także uwagę na istotny aspekt tworzenia prawa międzynarodowego, a mianowicie – proces interakcji, proces kształtowania konsensusu, który nadaje decyzjom sądowym nieco wyższy status niż status

ters of permissible interpretation. For otherwise the judges lose their one ultimate source of authority. Litigating parties do not resort to judges because they are wise or statesman like – very often they are manifestly neither - but because they know the law. Accordingly, I see the language of Article 38 as essential in principle and see no great difficulty in seeing a subsidiary means for the determination of rules of law as being a source of the law, not merely by analogy but directly.” R. Y. Jennings, *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, International and Comparative Law Quarterly 1996, vol. 45, s. 3-4.

⁶⁴ P. Cahier, *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, (w:) J. Makarczyk (red.), *Theory of International law at the Threshold of the 21st Century, Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague-London-Boston 1996, s. 353, *Oppenheim's International Law* (przypis 57), s. 41.

⁶⁵ *Oppenheim's International Law* (przypis 57), s. 41.

⁶⁶ I. Brownlie (przypis 20), s. 3.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 1-2.

źródeł materialnych (*Moreover, there is a proces of interaction which gives these evidences a status somewhat higher than mere 'material sources'*)⁶⁸.

Z wywodów Brownliego można wnioskować, że tak jak traktat, który nie został ratyfikowany, czy raport Komisji Prawa Międzynarodowego (*dalej KPM*) dla ZO ONZ, decyzje sądowe wymagają reakcji i odpowiedniego poziomu zgody państw (*stand as candidates for public reaction, approving or not, as the case may be: they may stand for a threshold of consensus and confront states in a significant way*)⁶⁹. Dalej, zauważa, że decyzje sądowe nie są formalnymi źródłami prawa, lecz przynajmniej w niektórych przypadkach uważane są za autorytatywny dowód stanu prawa, i nie można przesadzać z praktycznym znaczeniem zaszufladkowania ich jako „posiłkowych źródeł”. Spójne orzecznictwo w naturalny sposób ma poważne konsekwencje dla prawa⁷⁰.

Jeśli tak, to z punktu widzenia formalnego, decyzje sądów międzynarodowych stanowią mogą praktykę – *usus* lub *opinio iuris*, czyli podstawowe elementy zwyczaju międzynarodowego. Warto przypomnieć, że Ch. Rousseau dostrzegał paradoks wynikający ze sformułowania art. 38 ust. 1 pkt d. Norma, która może zostać wywiedziona z orzecznictwa nie może stać się przecież wiążąca w formie decyzji sędziowskiej, lecz jedynie jako element zwyczaju, jeśli odzwierciedla ogólną zgodę państw⁷¹.

Decyzje sądów międzynarodowych wiążą strony sporu na podstawie wyrażonej uprzednio zgody. Czy mogą być z tego powodu wyrazem praktyki państw lub *opinio iuris*? w odróżnieniu od sądów krajowych sądy międzynarodowe nie są organami państwa, nie wykonują zatem funkcji państwowych. Sądy te ustanawiane są za zgodą państw (umowa międzynarodowa, uchwała organizacji międzynarodowej). Państwa decydują o sposobie powoływania sędziów, określają kompetencje sądów itp. Czy ten proces legitymizuje działania sądów międzynarodowych jako organów działających w imieniu i na rachunek państw, które sąd powołały?⁷²

Warto w tym miejscu przypomnieć orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przeciwko państwom członkowskim UE, a jednocześnie stronom EKPC, w sporach dotyczą-

⁶⁸ *Ibidem*, s. 4.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*, s.19

⁷¹ Ch. Rousseau (przypis 58), s. 337-340.

⁷² Stanowisko takie wydaje się wyrażać koncepcja delegacji/agencji T. Ginsburga. Autor ten stwierdza, że w pewnych przypadkach sędziowie tworzą prawo działając jako agenci państw, którym państwa delegowały uprawnienia do interpretowania traktatów (T. Ginsburg, *International Law Making*, www.law.berkeley.edu/files/spring05_Ginsburg.pdf /dostęp 16.08.2014/ s. 31, zob. tenże (przypis 1), s. 641 i n. Ginsburg wyróżnia trzy rodzaje sytuacji prawotwórczych: delegację wyraźną (np. Art. 15 statutu MTKJ przyznaje sądowi wyraźne kompetencje do wypracowania zasad dowodowych i proceduralnych, przykładowo w decyzji MTKJ z 11 grudnia 2002 r. w sprawie nr IT-99-36-AR73.9, *Prosecutor v. Brdjanin (Decision on Interlokutory Appeal)*, sąd musiał zdecydować, czy dziennikarz może przed sądem odmówić zeznań. Druga sytuacja to delegacja dorozumiana. Ginsburg podaje przykład WTO. The Dispute Settlement Understanding wyraźnie „zakazuje” panelom WTO tworzenia prawa poprzez interpretację, ale jednocześnie są w prawie WTO przepisy pozwalające państwom na odrzucenie raportu Panelu. Trzecia to sytuacja niekonensualna, przez co autor ten rozumie wydawanie decyzji w procedurach niespornych, np. kompetencje do wydawania opinii doradczych MTS. Ten sposób „stanowienia” prawa jest jego zdaniem mniej efektywny. W przypadku sporów mamy do czynienia z rzeczywistymi interesami państw w rozwiązaniu sporu, wskazania ścieżki prawnej, bardziej prawdopodobne zastosowanie się państw do decyzji. Państwa łatwiej mogą zignorować opinie, to szkodliwe dla reputacji sądu (s. 11).

cych prawa UE, często na tle wyroku TSUE⁷³. ETPC uznał wyraźnie, że państwa ponoszą odpowiedzialność za działania stworzonej przez siebie organizacji międzynarodowej, a zatem także działającego jako organ tej organizacji sądu międzynarodowego. Jeśli można państwu przypisać odpowiedzialność międzynarodową za działania sądu, to także można, w braku dowodów przeciwnych (brak krytyki orzeczenia ze strony państw), traktować orzeczenia tego sądu za wyraz praktyki państw lub ich *opinio iuris*. Słabością tej konstrukcji jest jednak istota sądu międzynarodowego jako instytucji niezależnej od państw ją tworzących, powołanej nie do tworzenia prawa, lecz jego stosowania i wymierzania sprawiedliwości międzynarodowej. W praktyce także, gdy sądy międzynarodowe powołują się na orzeczenia innych sądów międzynarodowych nie robią tego pod szyldem praktyki państw czy *opinio iuris* państw.

Współcześnie państwa przestały być jedynymi twórcami prawa międzynarodowego. Zauważyła to także Komisja Prawa Międzynarodowego, która podjęła temat stwierdzenia istnienia międzynarodowego prawa zwyczajowego (*Identification of customary international law*). Komisja wstępnie zaakceptowała podstawowe konkluzje w tej materii, a mianowicie: dwa elementy są potrzebne do stwierdzenia istnienia i treści normy zwyczajowego prawa międzynarodowego, tj. ogólna praktyka (*general practice*), czyli wystarczająco szeroka, reprezentatywna i spójna, oraz zaakceptowanie tej praktyki jako prawa (*opinio iuris*). Komisja nie wskazuje, że chodzi o praktykę i *opinio iuris* państw. Zauważa, że w pierwszym rzędzie praktyka państw „przyczynia się do tworzenia, lub stanowi wyraz, norm międzynarodowego prawa zwyczajowego” (*contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law*), ale „w pewnych przypadkach” także, praktyka organizacji międzynarodowych przyczynia się do tworzenia, lub stanowi wyraz, norm międzynarodowego prawa zwyczajowego⁷⁴. Pomijając takie fakty jak to, że np. Stały Trybunał Arbitrażowy jest organizacją międzynarodową, MTS jest jednym z głównych organów organizacji międzynarodowej, a MTKJ może być kwalifikowany jako organ pomocniczy RB ONZ, można pójść o krok dalej i stwierdzić, że również w pewnych przypadkach praktyka organów międzynarodowych (sądów międzynarodowych) przyczynia się do tworzenia, lub stanowi wyraz, norm międzynarodowego prawa zwyczajowego. KPM słusznie konkluduje, że w ocenie dowodu dla stwierdzenia ogólnej praktyki zaakceptowanej jako prawo (*opinio iuris*) trzeba brać pod uwagę ogólny kontekst (*overall context*) i szczególne okoliczności każdego dowodu (*particular circumstances of the evidence in question*), co może obejmować, jak się wydaje, również np. reakcję państw w stosunku do decyzji sądu międzynarodowego (ogólną zgodę, o której mówi Rousseau, czy interakcję – Brownlie).

Podsumowując, decyzje sądów międzynarodowych nie są bezpośrednimi źródłami prawa międzynarodowego. Niewątpliwie jednak mogą identyfikować, precyzować i wyjaśniać treść prawa międzynarodowego – umów, prawa zwyczajowego, zasad ogólnych prawa – nadając

⁷³ Zob. decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9 stycznia 1990 r. w sprawie nr 13258/87, *M & Co. v. Niemcy*; wyrok ETPC z 18 lutego 1999 r. w sprawie nr 24833/94, *Matthews v. UK*; wyrok z 30 czerwca 2005 r. w sprawie nr 45036/98, *Bosphorus Airways v. Irlandia*; decyzję z 23 października 2012 r. w sprawie nr 34880/12, *Ramaer and van Willigen v. the Netherlands*.

⁷⁴ Draft Conclusion 4[5], Text of draft conclusions provisionally adopted by the Drafting Committee at the Sixty-sixth session (2014). Zob. także International Law Commission Sixty-sixth session Geneva, 5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2014, *Identification of customary international law*, Statement of the Chairman of the Drafting Committee, Mr. Gilberto Saboia, 7 August 2014 (dostępne online).

prawa międzynarodowemu nowe rozumienie. Niektóre z decyzji sądowych, ich *ratio decidendi* czy zawarte w nich *obiter dicta*, mają silny perswazyjny autorytet oraz wpływają na decyzje innych sądów, państw, innych podmiotów prawa międzynarodowego itp. i w ten sposób rozwijają prawo międzynarodowe. W pewnych przypadkach mogą również przyczyniać się do tworzenia, lub stanowić wyraz, norm międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Większość z tych uwag można odnieść również do opinii doradczych. Sformułowanie art. 38 ust. 1 pkt d statutu MTS może być uważane jako obejmujące nie tylko wiążące orzeczenia sądowe, ale także opinie doradcze.⁷⁵

6. Charakter prawotwórczy opinii doradczych

Nie wszystkie sądy międzynarodowe są wyposażone w kompetencje do wydawania opinii doradczych, często też tego typu kompetencja jest mocno ograniczona, np. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁷⁶. Charakter prawotwórczy opinii doradczych nie był jednak nigdy kwestionowany, choć w przypadku niektórych sądów, jak np. MTS, nie jest jasne, czy ich opinie doradcze mają moc wiążącą, a z kolei np. art. 64 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi jedynie, że państwa członkowskie i organy Organizacji Państw Amerykańskich mogą konsultować się z Międzyamerykańskim Trybunałem Praw Człowieka (*dalej* MTPC). Nawet jeśli opinie tylko służą radą, to aby jej udzielić sąd musi interpretować prawo, ustalać istnienie zwyczaju międzynarodowego czy odwoływać się do ogólnych zasad prawa. Opinia może tak samo odegrać rolę w procesie prawotwórczym jak wiążące orzeczenie sądowe i podlegać takiej samej weryfikacji.⁷⁷

Warto przyrzeć się działalności doradczej wspomnianego wyżej Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Jest ona znacznie mniej znana niż działalność tego typu MTS. Od 1990 r. Trybunał ten wydał 10 opinii doradczych (dotyczą one również zgodności z prawami człowieka projektowanych przez państwa zmian w prawie krajowym⁷⁸). W opinii doradczej dotyczącej *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants* Trybunał rozwinął szeroką argumentację na rzecz charakteru peremptoryjnego zasad równości i niedyskryminacji.⁷⁹ Opinia ta jest często cytowana i wpisuje się w dyskusję na temat skutku prawnego norm o charakterze *ius cogens*. W opinii doradczej z 1994 r. *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention*⁸⁰ Trybunał wyjaśnił obowiązki państw wynikające z Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (*dalej* AKPC)⁸¹.

⁷⁵ Zob. K. Oellers-Frahm, *Lawmaking Through Advisory opinions?*, (w:) A. von Bogdandy, I. Venzke (red.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg/Springer 2012, s. 87.

⁷⁶ Zob. art. 47 EKPC, zmiany w tym zakresie wprowadza Protokół nr 16 z 2 października 2013 r.

⁷⁷ Szeroko na ten temat K. Oellers-Frahm (przypis 75), s. 86 i n. Autorka ta również omawia kompetencje różnych sądów do wydawania opinii doradczych.

⁷⁸ Np. opinia doradcza MTPC z 6 grudnia 1991 r. w sprawie nr OC-12/91, *Compatibility of Draft Legislation with Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights*, (Ser. A) No. 12 (1991).

⁷⁹ Opinia doradcza MTPC z 17 września 2003 r. w sprawie nr C-18/03, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, (Ser. A) No. 18 (2003).

⁸⁰ Opinia doradcza MTPC z 9 grudnia 1994 r. w sprawie nr OC-14/94, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights)*, (Ser. A) No. 14 (1994).

⁸¹ Rozważał te kwestie na tle rozszerzenia przez Peru, w art. 140 nowej konstytucji, stosowania kary śmierci na przestępstwa, które nie były nią objęte – terroryzm (w konstytucji z 1979 r. tylko prze-

Także kilka innych opinii doradczych dotyczyło interpretacji przepisów AKPC, jak np. opinia doradcza z 2009 r. w sprawie *Article 55 of the American Convention on Human Rights*⁸², która uznała w świetle zasady równości broni, że AKPC zezwala jedynie na ustanowienie sędziogo *ad hoc* w sporach międzypaństwowych, nie zaś w przypadku petycji indywidualnej⁸³. Z kolei w opinii doradczej z 1997 r. w sprawie *Reports of the Inter-American Commission on Human Rights*⁸⁴, wydanej pomimo wycofania w późniejszej fazie wniosku przez Chile⁸⁵, Trybunał interpretował art. 51 AKPC, określił warunki zmiany raportu Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, uznając, że zakomunikowany już państwu raport Komisji nie może być później zmieniony.

Na uwagę jednak zasługują opinie o szerszym wymiarze, np. opinia pt. *Juridical Status and Human Rights of the Child* z 2002 r. wydana na wniosek Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, w której MTPC rozwinął szereg standardów dotyczących zwłaszcza ochrony dzieci w postępowaniu karnym⁸⁶, czy też opinia z 1999 r. wydana na wniosek Meksyku (*The Right to Inform on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*), w której sąd ten uznał, że art. 36 (1) b Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r. dotyczy ochrony praw obywateli państwa wysyłającego i jest częścią międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka. Trudno nie dostrzec w tym politycznego celu realizowanego przez Meksyk i dialogu z MTS (w związku z naruszeniami tego przepisu Konwencji z 1963 r., sprawy do MTS wniósł najpierw w 1998 r. Paragwaj (sprawa *Breard*)⁸⁷, w 1999 r. Niemcy – sprawa *LaGrand*, a później także i Meksyk – sprawa *Avena*⁸⁸.

Zdaniem MTPC, art. 36 (1) b Konwencji o stosunkach konsularnych przyznaje prawa zatrzymanym obywatelom państw obcych, m.in. prawo do informacji o pomocy konsularnej oraz odpowiadające im obowiązki państwa pobytu. Naruszenie prawa do informacji narusza prawo do sądu (art. 14 Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.), a nałożenie w takiej sytuacji kary śmierci stanowi pogwałcenie zakazu arbitralnego pozbawiania życia (art. 4 AKPC, art. 6 Paktów). Naruszenia te rodzą odpowiedzialność państwa i obowiązek odszkodowawczy. Art. 14 Paktów ustanawia tylko minimalne gwarancje, które mogą być wzmocnione (*amplified*) w świetle innych instrumentów międzynarodowych takich jak Konwencja wiedeńska, która rozszerza zakres ochrony przyznanej osobom oskarżonym.

stępstwa zdrady państwa w czasie wojny), co narusza art. 4 ust. 2 i 3 AKPC. Trybunał wyjaśnił obowiązki państwa wynikające z norm *self-executing* oraz *non-self executing*, dodał, że nie tylko państwo ponosi odpowiedzialność za naruszenia swoich zobowiązań, ale także jednostka jeśli naruszenie prowadzi do przestępstw, za które jednostka ponosi odpowiedzialność międzynarodowoprawną.

⁸² Opinia doradcza MTPC z 29 września 2009 r. w sprawie nr OC-20/09, w sprawie *Article 55 of the American Convention on Human Rights*, (Ser. A) No. 20 (2009).

⁸³ Zob. także np. opinie doradcze MTPC z 28 listopada 2005 r. w sprawie nr OC-19/05, *Control of Legality in the Practice of Authorities of the Inter-American Commission of Human Rights*, (Ser. A) No. 19 (2005); z 16 lipca 1993 r. w sprawie nr OC-13/93, *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights* (Ser. A) No. 13 (1993).

⁸⁴ Opinia doradcza MTPC z 14 listopada 1997 r. w sprawie nr OC-15/97, (Ser. A) No. 15 (1997).

⁸⁵ Trybunał uznał, że tak jak w przypadku procedury spornej, ma kompetencje dyskrecyjne określania własnej kompetencji. Powołał się przy tym szeroko na orzecznictwo MTS.

⁸⁶ Opinia doradcza MTPC z 28 sierpnia 2002 r. w sprawie nr OC-17/02, *Juridical status and human rights of the child*, (Ser. A) No. 17 (2002).

⁸⁷ Zob. dwa postanowienia MTS z 9 kwietnia 1998 r. oraz 10 listopada 1998 r. w sprawie *The Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States of America), ICJ Reports 1998.

⁸⁸ Zob. dalej pkt 11.2.

W latach 1990 – 2014 MTS wydał sześć opinii doradczych. Niektóre opinie dotyczyły trudnych kwestii i prawnych i politycznych, wywołując krytykę Trybunału, jak np. opinia z 9 lipca 2004 r. w sprawie muru na okupowanym terytorium palestyńskim⁸⁹ czy z 22 lipca 2010 r. w sprawie jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa⁹⁰. O opinii w sprawie muru będzie mowa dalej. Gdy zaś chodzi o opinię w sprawie Kosowa, można Trybunałowi zarzucić to, że nie skorzystał ze sposobności rozwinięcia prawa międzynarodowego unikając odpowiedzi na nasuwające się pytania. Trybunał stwierdził, że deklaracja niepodległości Kosowa nie narusza prawa międzynarodowego. Nie wskazał jednak konsekwencji deklaracji, np. czy Kosowo ma prawo do bycia państwem i jakie są granice prawa do samostanowienia. Jest krytykowany za to, że osłabił zasadę integralności terytorialnej państwa dając różnym ruchom separatystycznym na świecie prawną podstawę do deklarowania niepodległości⁹¹.

Wstrzemięźliwa jest także opinia w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej. Trybunał badał czy w świetle obowiązującego prawa międzynarodowego legalne jest użycie siły polegające na zastosowaniu broni jądrowej. MTS wskazał na wiele niejasności w tej dziedzinie i konkludował, że w obecnym stanie rozwoju prawa międzynarodowego i w świetle dostępnych Trybunałowi faktów, nie może on dojść do definitywnego wniosku co do legalności lub nielegalności użycia broni jądrowej przez państwo w ekstremalnych okolicznościach samoobrony, w których w grę wchodziłoby rzeczywiste przetrwanie państwa (*its very survival*)⁹².

W opinii w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej (wydanej na wniosek ZO ONZ) interesujące są również rozważania Trybunału dotyczące własnej kompetencji do wydawania opinii doradczych i prawotwórczej roli Trybunału. Trybunał podkreślił, że jego uprawnienie do wydania opinii na podstawie art. 65 ust. 1 Karty Narodów Zjednoczonych (*dalej KNZ*) ma charakter uznaniowy. MTS musi jednak posiadać kompetencje do wydania opinii, o opinię może się zwrócić jedynie uprawniony do tego organ organizacji międzynarodowej – ONZ lub organizacji wyspecjalizowanej (Trybunał stwierdził brak kompetencji w przypadku drugiego wniosku skierowanego przez WHO⁹³).

W trakcie postępowania pojawiały się argumenty, że Trybunał powinien odrzucić także wniosek ZO ONZ, postawione Trybunałowi pytania są bowiem abstrakcyjne, nie istnieje bo-

⁸⁹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004.

⁹⁰ Opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010.

⁹¹ Zob. np. Harvard Law Review 2010-2011, vol. 124, s. 1098 i n.; R. Kwiecień, *Glosa do opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 22 lipca 2010 r. w sprawie zgodności z prawem międzynarodowym jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2010, nr 3, s. 211-221.

⁹² Opinia (przypis 17), pkt. 90-97.

⁹³ W opinii doradczej z 8 lipca 1996 r. w sprawie *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Trybunał co prawda odrzucił wniosek WHO, ale również potwierdził warunki dopuszczalności wniosku wypracowane we wcześniejszym orzecznictwie, a także że organizacje międzynarodowe są podmiotami prawa międzynarodowego, które w przeciwieństwie do państw nie posiadają kompetencji ogólnej. Rządzone są natomiast zasadą szczególności (*principle of speciality*), tzn. że są wyposażone przez tworzące je państwa we władzę, której granice są funkcjami wspólnych interesów, których wspieranie państwa im powierzyły. Posiadają nie tylko kompetencje wyraźne ale także dorozumiane, w sposób konieczny wynikające ze statutu organizacji w świetle celów, które organizacja ma realizować (pkt. 20-26 opinii).

wiem żaden spór co do ich przedmiotu⁹⁴. Odpowiadając na nie MTS odróżnił swoją kompetencję w sprawach spornych od kompetencji doradczej. Podkreślił, że celem jurysdykcji niespornej nie jest rozwiązywanie istniejących sporów, lecz udzielenie rady organom, które się o nią zwracają. Stąd też fakt, że pytania nie odnoszą się do szczególnego sporu, nie może prowadzić do odmowy wydania opinii.

Co do argumentów, że abstrakcyjna natura pytania może prowadzić do stwierdzeń hipotetycznych lub spekulacyjnych leżących poza zakresem funkcji sądowej, i w konsekwencji przyjęcia przez Trybunał roli prawodawcy, MTS podkreślił, że nie może on stanowić prawa, lecz jedynie może stwierdzać jego istnienie. „Jest tak nawet, jeśli stwierdzając i stosując prawo, Trybunał musi koniecznie określić jego zakres i czasami wskazać jego generalną tendencję”. I tak też jest w tym przypadku. Trybunał nie został poproszony o tworzenie prawa, lecz o wykonanie normalnej funkcji sądowej, o ustalenie istnienia zasad prawnych i norm, które mają zastosowanie do groźby lub użycia broni jądrowej⁹⁵. Tę funkcję Trybunał wykonał stwierdzając na podstawie obowiązującego prawa, że użycie broni jądrowej jest możliwe w bardzo wyjątkowym zakresie (*ultima ratio*).

Porównując działalność opiniodawczą różnych sądów nie trudno dostrzec, że niektóre są wstrzeźliwe i ostrożnie „kreują” prawo (MTS), inne – jak MTPC już tak ostrożne nie są, i że nie każda opinia jest istotna w procesie prawotwórczym, zwłaszcza gdy ma zbyt polityczny kontekst.

7. Narzędzia prawotwórcze

Spojrzenie na działalność sądów międzynarodowych przez pryzmat art. 38 statutu MTS ma jeszcze jeden wymiar. Skoro sędziowie, zarówno gdy rozstrzygają spory, jak i wydają opinie doradcze, stosują prawo międzynarodowe, tj. umowy międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy oraz ogólne zasady prawa, to w tym zakresie musi przejawiać się ich działalność prawotwórcza. Stosowanie prawa wymaga nadania mu znaczenia w świetle okoliczności towarzyszących indywidualnemu przypadkowi.

7.1. Rozwijanie prawa międzynarodowego w drodze interpretacji

Współczesna hermeneutyka potwierdza, że stosowanie prawa wiąże się z jego rozwijaniem, a interpretacja, która stanowi immanentny element stosowania prawa, może powodować

⁹⁴ Opinia (przypis 17), pkt. 14-19.

⁹⁵ *Ibidem* pkt 18: “Finally, it has been contended by some States that in answering the question posed, the Court would be going beyond its judicial role and would be taking upon itself a law-making capacity. It is clear that the Court cannot legislate, and, in the circumstances of the present case, it is not called upon to do so. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons. The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present *corpus juris* is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend.” Zob. Na temat roli sądu w sytuacji *non liquet* zob. *Dissenting opinion of judge Higgins*, pkt. 32, 36-40.

w większym lub mniejszym stopniu modyfikacje normy⁹⁶. Wyżej wskazywaliśmy, że niekompletność norm prawa międzynarodowego, wielość wersji językowych tekstów prawnych, wieloznaczność użytych sformułowań, a także multikulturowość, w jakiej prawo powstaje i funkcjonuje, powoduje, że sędzia międzynarodowy korzysta z większej swobody interpretacyjnej aniżeli sędzia krajowy orzekający na podstawie prawa krajowego. Niekiedy dochodzi do tego potrzeba interpretowania tekstu prawnego, przyjętego wiele lat wcześniej, w świetle współczesnych uwarunkowań.

Przykładowo w sprawie *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, MTS musiał zinterpretować hiszpańskie sformułowanie odnoszące się do swobody żeglugi po rzece San Juan – *libre navegación (...) con objetos de comercio* – zawarte w dawno zawartym, bo w 1858 r., Traktacie o granicy (*Treaty of Limits*) między Kostaryką a Nikaraguą. Nikaragua uważała, że wyrażenie to powinno być przetłumaczone na francuski jako *avec des marchandises de commerce*, a na angielski jako *with articles of trade*. Kwestionowany termin *objetos* oznacza więc objekty/przedmioty w konkretnym i materialnym sensie. W konsekwencji swoboda żeglugi gwarantowana Kostaryce odnosi się tylko do transportu towarów. Kostaryka z kolei, twierdziła, że wyrażenie po francusku brzmi – *à de fins de commerce*, a po angielsku – *for the purposes of commerce*, w oryginale *objetos*, oznaczają zatem cele (wskazywała więc abstrakcyjne znaczenie tego terminu)⁹⁷. Trybunał przyjął jednomyślnie rozumienie preferowane przez Kostarykę rozciągając prawa przysługujące Kostaryce także na transport osób⁹⁸.

Trybunał zastosował zwyczajowe reguły interpretacji odzwierciedlone w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.⁹⁹ (Nikaragua nie była stroną Konwencji). Nie wyszedł poza zakres swobody określony w Konwencji, słusznie m.in. wskazując, że interpretacja proponowana przez Nikaraguę pozbawiałaby interpretowane postanowienie Traktatu jakiegokolwiek znaczenia.

Nie ulega jednak wątpliwości, że interpretacja prawa może prowadzić do nowatorskich, prawotwórczych stwierdzeń sądu. Widać ten proces chociażby na przykładzie orzeczenia Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadić*, które omówimy poniżej bardziej szczegółowo.

Wszystkie sądy międzynarodowe, jak się wydaje, stosują te same zasady interpretacji, określone w Konwencji o prawie traktatów z 1969 r., niekiedy jednak powołując się na Konwencję¹⁰⁰. Co więcej, np. międzynarodowe sądy karne odwoływały się do art. 31 Konwencji o prawie traktatów interpretując postanowienia swoich statutów, przyjęły zatem, że statuty choć nie są umowami międzynarodowymi mogą być interpretowane *per analogiam*

⁹⁶ Na temat interpretacji i tworzenia prawa zob. w szczególności znakomite dzieło R. Kolba, (przypis 20); I. Venzke, *The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation* (June, 20 2011), *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, s. 99-131; I. Venzke (red.), *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford 2012.

⁹⁷ Wyrok MTS w sprawie *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports 2009, pkt. 44-71.

⁹⁸ M. Dawidowicz, *The Effect of Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua*, *Leiden Journal of International Law* 2011, vol. 24, nr 1, s. 201.

⁹⁹ Zob. pkt. 47 i n. wyroku (przypis 97).

¹⁰⁰ Częściej zdarza się, że do Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. nawiązują opinie indywidualne lub odrębne sędziów, a nie sam wyrok, zob. np. deklaracja sędziego Robinsona do wyroku MTKJ z 21 lipca 2000 r. w sprawie nr IT-95-17/1-A *Prosecutor v. Furundžija*, pkt 275.

zgodnie z Konwencją wiedeńską, która odzwierciedla w tym zakresie normy prawa zwyczajowego.

Nie oznacza to, że stosując te same metody dochodzą do tych samych rezultatów, ani że klauzule interpretacyjne są precyzyjne. Niemniej nie ulega też wątpliwości, że interpretacja literalna nie ma albo w ogóle, albo niewielki potencjał prawotwórczy. Im bardziej zatem sądy odwołują się do interpretacji celowościowej/teleologicznej i opierają na zasadzie efektywności tym bardziej skłonne są do przyjęcia śmiałych rozwiązań. Zwykle zresztą posługują się tym rodzajem interpretacji w sytuacjach, gdy są zmuszone wypełniać luki istniejące w prawie. Interpretacja, zwłaszcza celowościowa, może zatem być narzędziem zmiany prawa.¹⁰¹

Tak też, jako działalność prawotwórcza, postrzegane są próby stosowania interpretacji celowościowej. Często zresztą sądy są z tego powodu krytykowane. W opinii odrębnej w sprawie *Tadić*, w której zastosowano szeroko interpretację celowościową, sędzia Li określił decyzję większości jako „nieuprawnione przypisanie sobie kompetencji legislacyjnych” (*an unwarranted assumption of legislative power*)¹⁰².

Międzynarodowe sądy karne posługiwały się interpretacją celowościową, ponieważ ich statuty zawierały jedynie podstawowe regulacje. Praktyka pokazała, że jest w nich wiele niejasności wymagających wyjaśnienia, dotyczących nie tylko procedury, ale i prawa materialnego. Tak np. w oparciu o wykładnię celowościową, odwołując się do konieczności ochrony ludzkiej godności w pierwszym przypadku i do ducha międzynarodowego prawa humanitarnego (*general spirit of international humanitarian law*) w drugim, w sprawie *Furundžija* Międzynarodowy Trybunał Karny dla Byłej Jugosławii¹⁰³ rozszerzył definicję pojęcia gwałtu na potrzeby określenia zbrodni wojennych, a także uznał, że chęć poniżenia (*humiliation*) osoby stanowi jeden z celów tortur¹⁰⁴.

W sprawie *LaGrand* MTS orzekł, że środki tymczasowe nakładane na podstawie art. 41 statutu Trybunału wiążą państwa. Art. 41 jest nie tylko niejednoznaczny, ale i inaczej sfor-

¹⁰¹ Na temat Trybunału Prawa Morza zob. G. Jaenicke, *The Interpretation of the Law of the Sea Convention in the Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), (przypis 4), vol. I, cz. 2, s. 683 i n. – autor podkreśla, że w szczególności w wyrokach w sprawach *Saiga No 1 i No 2* oraz *Camouco* z 7 lutego 2000 r. (Panama v. France) Trybunał rozszerzył interpretację art. 292 Konwencji Prawa Morza dotyczącego zwalniania zaarrestowanych statków (*prompt release*); zob. w tym samym *Liber Amicorum* także P. Chandrasekhara Rao, *The International Tribunal for the Law of the Sea: An Evaluation*, s. 667 i n.

¹⁰² Opinia Indywidualna sędziego Li (do wyroku MTKJ z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72A, *Prosecutor v. Tadić*, pkt 13.

¹⁰³ Wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 r. nr IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundžija*, pkt 184: „Moreover, the Trial Chamber is of the opinion that it is not contrary to the general principle of *nullum crimen sine lege* to charge an accused with forcible oral sex as rape when in some national jurisdictions, including his own, he could only be charged with sexual assault in respect of the same acts. (...) Moreover any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape.” Definicja gwałtu, zob. pkt 185.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pkt 162. M. Swart, która dokonała wnikliwej analizy orzecznictwa międzynarodowych sądów karnych podkreśla, że międzynarodowe sądy karne szczególnie często odwoływały się do interpretacji celowościowej oraz że przyczyniło się to do rozwoju i rozszerzenia międzynarodowego prawa humanitarnego. Przy pomocy tej metody interpretacji także tworzyły nowe prawo (*Is There a Text in This Court? The Purposive Method of Interpretation and the ad hoc Tribunals*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010, vol. 70, s. 767-787. Zob. także J. de Hemptinne, *L'Évolution des fonctions du juge pénal international et le développement du droit international humanitaire*, *European Society of International Law, Conference Paper No. 10/2013*, vol. 3 nr 1; S. Darcy, J. Powderly, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford 2010.

mułowany w angielskiej i francuskiej wersji językowej, przy czym obydwie wersją są równorzędne. Angielski tekst art. 41 używa sformułowań takich jak *indicate* oraz *which ought to be taken* a także *suggested*, natomiast francuski tekst – *doivent être prises* oraz *indication de ces mesures*.¹⁰⁵ Trybunał odwołując się do art. 33 Konwencji wiedeńskiej z 1969 r. i wykładni celowościowej uznał wiążący charakter środków tymczasowych¹⁰⁶. Orzeczenie wywołało krytykę, ale wypełniło istniejącą lukę, rozwiązało istotny problem prawny i zostało zaakceptowane¹⁰⁷. U jego podłoża leżała konieczność zapewnienia efektywności art. 41 statutu MTS, a tym samym efektywności wykonywania funkcji orzeczniczej.

Wykładnia celowościowa, efektywnościowa, a także ewolucyjna/dynamiczna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pozwoliła Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka konsekwentnie i znacząco rozwijać standardy ochrony praw człowieka¹⁰⁸. Trybunał nie tylko traktuje Konwencję jako żywy instrument (*living instrument*), który musi być interpretowany dynamicznie¹⁰⁹, ale i podkreśla, że Konwencja chroni prawa, które są praktyczne i efektywne, a nie tylko teoretyczne i iluzoryczne¹¹⁰. Stosując tę metodę Trybunał rozwinął np. koncepcję obowiązków pozytywnych państwa¹¹¹ oraz koncepcję *implied rights*, tj. praw, które są wprowadzane z postanowień Konwencji w drodze wykładni (np. prawo dostępu do sądu wynikające z art. 6 ustęp 1 EKPC).

Sędzia Garlicki odnosząc się do stosowania koncepcji *living instrument* szczerze przyznał w opinii odrębnej do wyroku w sprawie *Öcalan v. Turcja*, że może to prowadzić, i faktycznie

¹⁰⁵ S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford 2005, s. 34-40.

¹⁰⁶ Wyrok MTS w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, pkt 102: „The object and purpose of the Statute is to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article 59 of the Statute. The context in which Article 41 has to be seen within the Statute is to prevent the Court from being hampered in the exercise of its functions because the respective rights of the parties to a dispute before the Court are not preserved. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article.”

¹⁰⁷ See, e.g., H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford 2013, vol. 1, s. 956-968; A. Orakhelashvili, *Questions of International Judicial Jurisdiction in LaGrand Case*, Leiden Journal of International Law 2002, vol. 15, s. 113 i n.

¹⁰⁸ Trybunał podkreśla szczególny charakter Konwencji jako traktatu służącemu kolektywnemu egzekwowaniu praw człowieka począwszy od wyroku z 7 lipca 1989 r. w sprawie nr 14038/88, *Soering v. UK* (zob. pkt 87 wyroku).

¹⁰⁹ Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyler v. UK*, pkt 93.

¹¹⁰ Zob. A. Wiśniewski, *O aktywności sędziowskiej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych*, A. Wyrozumski (red.), Łódź 2014, s. 1 i n.; J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Toruń 2013, s. 63 i n.

¹¹¹ Obowiązki państw wynikające z Konwencji nie polegają tylko na zaniechaniu ingerencji w chronione prawa, ale w pewnych sytuacjach także na podjęciu pozytywnych działań w celu zapewnienia poszanowania tych praw, zob. np. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) J. Białkocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga Jubileuszowa Prof. dra hab. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 260.

w kilku przypadkach prowadziło, do sądowych modyfikacji oryginalnego znaczenia Konwencji. Trybunał strasburski demonstrował takie kreatywne podejście do tekstu Konwencji wiele razy, stwierdzając, że prawa i wolności określone w Konwencji mają zastosowanie do sytuacji, które nie były przewidziane przez twórców Konwencji. Co ważniejsze, sędzia Garlicki dodaje, że „tak długo jak państwo członkowskie nie sprzeciwi się konkretnej sądowej interpretacji Konwencji (jak miało to miejsce w odniesieniu do wydalania cudzoziemców, i co zostało uregulowane w Protokołach nr 4 i 7), Trybunał jest władny określać rzeczywiste brzmienie terminów i sformułowań, które wprowadzono do Konwencji więcej niż 50 lat temu”¹¹².

7.2. Rozwijanie prawa międzynarodowego przez stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego

Stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego daje duże pole sędziom do działalności prawotwórczej. Ustalanie istnienia ogólnej praktyki, a w szczególności *opinio iuris* zawsze wiąże się z pewną uznaniowością. W ostatnim okresie można zaobserwować tendencję do przesunięcia oceny istnienia tego drugiego elementu zwyczaju z państw dokonujących pewnych czynności na ocenę tych działań przez sądy międzynarodowe. W wielu orzeczeniach wskazywały one na uznanie przez poszczególne państwa zwyczajowego charakteru określonej praktyki. Nie we wszystkich tych przypadkach dowody istnienia prawa zwyczajowego można uznać za wystarczające czy przekonujące.

Tak np. Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie *Cudak* (wyrok Wielkiej Izby)¹¹³ uznał, że Litwę wiąże norma zwyczajowa wyłączająca immunitet jurysdykcyjny państwa w sprawach dotyczących zatrudnienia w ambasadzie pracowników niewykonyjących czynności o charakterze władczym. Sposób, w jaki Trybunał to ustalił budzi zastrzeżenia. Sprawa dotyczyła naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC (prawa do sądu) z powodu stwierdzenia przez sądy litewskie (łącznie z Sądem Najwyższym) braku jurysdykcji ze względu na powołanie się przez Polskę na immunitet jurysdykcyjny w sprawie dotyczącej zwolnienia z pracy sekretarki i telefonistki, obywatelki litewskiej, zatrudnionej w Ambasadzie Polskiej w Wilnie. Trybunał stwierdził, że immunitet państwa Polsce nie przysługiwał. Istnienie prawa zwyczajowego Trybunał wywiódł w niezwykle uproszczony sposób, powołując się na poprzednie

¹¹² Wyrok ETPC z 12 maja 2005 r. w sprawie nr 46221/99, *Öcalan v. Turcja, Partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Garlicki*, pkt 4: „The Court has always accepted that the Convention is a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions. This may result (and, in fact, has on numerous occasions resulted) in judicial modifications of the original meaning of the Convention. From this perspective, the role of our Court is not very different from the role of national Constitutional Courts, whose mandate is not only to defend constitutional provisions on human rights, but also to develop them. The Strasbourg Court has demonstrated such a creative approach to the text of the Convention many times, holding that the Convention rights and freedoms are applicable to situations which were not envisaged by the original drafters. Thus, it is legitimate to assume that, as long as the member States have not clearly rejected a particular judicial interpretation of the Convention (as occurred in relation to the expulsion of aliens, which became the subject of regulation by Protocols Nos. 4 and 7), the Court has the power to determine the actual meaning of words and phrases which were inserted into the text of the Convention more than fifty years ago. In any event, and this seems to be the situation with regard to the death penalty, the Court may so proceed when its interpretation remains in harmony with the values and standards that have been endorsed by the member States.”

¹¹³ Wyrok ETPC z 23 marca 2010 r. w sprawie nr 15869/02, *Cudak przeciwko Litwie*.

swoje orzeczenie (w sprawie *Fogarty*¹¹⁴) oraz na projekt Komisji Prawa Międzynarodowego z 1991 r. Konwencji o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności, która została następnie przyjęta przez ZO ONZ w 2004 r. Wielka Izba powołała się na komentarz Komisji do projektu z 1991 r. dotyczący art. 11, który wskazywał, że przepis ten jest zgodny z nowym trendem w praktyce legislacyjnej i traktatowej dużej liczby państw i konkludowała, że tak samo należy odnieść się do Konwencji ONZ.

Co więcej, Wielka Izba stwierdziła, że jest dobrze ustaloną zasadą prawa międzynarodowego, że nawet jeśli państwo nie ratyfikowało traktatu, może być związane jednym z jego postanowień tak dalece jak odzwierciedla ono prawo zwyczajowe, kodyfikując je lub kształtując nową normę zwyczajową („it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions (*une disposition d'un traité*) in so far as that provision reflects customary international law, either “codifying” it or forming a new customary rule”)¹¹⁵.

Wielka Izba argumentowała dalej, że w trakcie prac Komisji żadne państwo, a w szczególności Litwa, nie wniosło zastrzeżeń, co do sformułowania art. 11, a Litwa choć nie ratyfikowała Konwencji NZ, to nie głosowała przeciwko jej przyjęciu¹¹⁶.

Pomijając fakty, że rezolucję A/59/38 z 2 grudnia 2004 r. zawierającą Konwencję NZ przyjęto w Zgromadzeniu Ogólnym bez głosowania i to że Litwa nawet Konwencji nie podpisała, a także że Konwencję podpisało zaledwie 28 państw, a ratyfikowało tylko 13, i do tej pory nie weszła w życie, zauważyć należy i inne uproszczenie zastosowane przez Trybunał. Nie jest bowiem uznaną zasadą, że państwo jest związane postanowieniem zawartym w umowie, jeżeli odzwierciedla ono normę zwyczajową, a w szczególności, dopiero tworzącą się normę. Państwo może być związane normą prawa zwyczajowego, która znalazła odzwierciedlenie w postanowieniu umowy, ale trzeba udowodnić, że taką normę można państwu przeciwstawić¹¹⁷. Co więcej, w orzeczeniu w sprawie *Fogarty* wydanym w 2001 r.¹¹⁸, Trybu-

¹¹⁴ Wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 371112/97, *Fogarty v. UK*.

¹¹⁵ *Cudak* (przypis 113), pkt 66.

¹¹⁶ *Ibidem* pkt 66: „The report appended to the 1991 Draft Articles stated that the rules formulated in Article 11 appeared to be consistent with the emerging trend in the legislative and treaty practice of a growing number of States (ILC Yearbook, 1991, Vol. II, Part 2, p. 44, paragraph 14). This must also hold true for the 2004 United Nations Convention. Furthermore, it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions in so far as that provision reflects customary international law, either “codifying” it or forming a new customary rule (see the judgment of the International Court of Justice in the *North Sea Continental Shelf cases*, *ICJ Reports* 1969, p. 41, § 71). Moreover, there were no particular objections by States to the wording of Article 11 of the ILC’s Draft Articles, at least not by the respondent State. As to the 2004 United Nations Convention, Lithuania has admittedly not ratified it but did not vote against its adoption either.”

¹¹⁷ Zob. *Concurring opinion of judge Cabral Barreto joined by judge Popović* dołączoną do orzeczenia w sprawie *Cudak*.

¹¹⁸ *Fogarty* (przypis 114), pkt 37: „The Court observes that, on the material before it (see paragraphs 16-20, 29 and 31 above), there appears to be a trend in international and comparative law towards limiting State immunity in respect of employment-related disputes. However, where the proceedings relate to employment in a foreign mission or embassy, international practice is divided on the question whether State immunity continues to apply and, if it does so apply, whether it covers disputes relating to the contracts of all staff or only more senior members of the mission. Certainly, it cannot be said that the United Kingdom is alone in holding that immunity attaches to suits by employees at diplomatic missions or that, in affording such immunity, the United Kingdom falls outside any

nał wcale nie doszedł do jednoznacznych wniosków, i przyjął znacznie szerszy wyjątek od immunitetu państwa aniżeli określony w art. 11 Konwencji¹¹⁹.

ETPC podtrzymał swój pogląd wyrażony w wyroku w sprawie *Cudak* przeciwko Litwie, w kolejnym wyroku w sprawie *Sabeh El Leil przeciwko Francji*¹²⁰. Tu także argument skarżącego dotyczący niewiążącego charakteru Konwencji z 2004 r. został oddalony przez ETPC przez odniesienie się do okoliczności, że w czasie prac kodyfikacyjnych nad art. 11, Francja, tak jak Litwa, nie wyraziła sprzeciwu wobec normy zawartej w Konwencji. Trzeba jednak zauważyć, że Francja podpisała Konwencję, a w czasie trwania postępowania przed ETPC trwał we Francji proces ratyfikacyjny¹²¹.

W tych dwóch sprawach ETPC zbadał także obowiązujące prawo i orzecznictwo w państwach, przeciwko którym wniesione zostały skargi w celu ustalenia, czy państwa te dopuszczały ograniczony immunitet jurysdykcyjny państwa. W przypadku Francji ETPC wskazał kilka orzeczeń, w których sądy w sprawach dotyczących pracowników ambasad lub konsulatów nie przyznawały immunitetu w oparciu o rozróżnienie czynności *de iure gestionis*, natomiast w przypadku Litwy, choć Trybunał wskazał kilka orzeczeń, nie były one wcale jednoznaczne co do szczegółowego zakresu immunitetu.

W świetle braku jednolitej praktyki państw w omawianym przedmiocie, pogląd ETPC jest „odważny” i w istocie kreujący prawo.

Inaczej zachował się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w podobnym stanie faktycznym, powstałym na tle zwolnienia z pracy kierowcy ambasady. Orzeczenie Trybunału w sprawie C-154/11 *Ahmed Mahamdia przeciwko Algierskiej Republice Ludowo-Demokratycznej* jest znacznie bardziej wstrzemięźliwe, choć pozornie może sprawiać wrażenie, że Trybunał przyjął za pewnik istnienie normy prawa zwyczajowego w kwestii immunitetu jurysdykcyjnego państwa, nie przeprowadzając żadnego dowodu, a jedynie powołując się na ustalenia rzecznika generalnego. W odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego państwa Trybunał stwierdził: „Jak jednak zauważył rzecznik generalny w pkt. 17–23 opinii, w świetle aktualnego stanu prawa międzynarodowego nie można uznawać tego immunitetu za absolutny, ale uznaje się go powszechnie w sytuacji, gdy spór dotyczy aktów suwerennych dokonywanych *iure imperii*. Można natomiast wykluczyć immunitet w sytuacjach, gdy postępowania

currently accepted international standards.” Ponadto w obu sprawach zdarzenia, które doprowadziły do sporów miały miejsce przed przyjęciem Konwencji (w *Fogarty* 1997 r., *Cudak* – 2001 r.).

¹¹⁹ Zob. komentarze: M. Balcerzak, M. Kałduński, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 23 marca 2010 r., 15869/02*, Europejski Przegląd Sądowy 2010 nr 11, s. 40-44; *Cudak v Lithuania* (15869/02): *state immunity - embassy worker – employment*, European Human Rights Law Review 2010/4, s. 435-438; L. Stariene, *Cudak v. Lithuania and the European Court of Human Rights approach to the state immunity doctrine*, ISSN 2029–2058 (*online*) Jurisprudencija/Jurisprudence 2010, Mykolo Romerio Universitas 2(120), s. 159–175.

¹²⁰ Wyrok ETPC z 29 czerwca 2011 r. w sprawie nr 34869/05 *Sabeh El Leil v. France*, pkt. 52-55. Trybunał podkreślił: „Article 11 of the International Law Commission’s 1991 Draft Articles, as now enshrined in the 2004 Convention, applies under customary international law, even if the State in question has not ratified that convention, provided it has not opposed it either (...). For its part, France has not ratified it but has not opposed it: on the contrary, it signed the convention on 17 January 2007 and the ratification procedure is currently pending before the French Parliament” (pkt 57).

¹²¹ *Ibidem*, pkt 57.

nie sądowe dotyczy aktów dokonywanych *iure gestionis*, które nie są objęte zakresem wykonywania władzy publicznej¹²².

Trybunał nie ustalał jednak istnienia szczegółowej normy prawa zwyczajowego, dla interpretacji rozporządzenia nr 44/2001, o którą zwrócono się w pytaniu prejudycjalnym, ogólna konstatacja – „można” wykluczyć immunitet w przypadku czynności *iure gestionis* – była wystarczająca¹²³.

Bardziej interesująca jest jednak w tej sprawie opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego, który wyraźnie stwierdził, że w prawie międzynarodowym publicznym nie ma jasności co do statusu immunitetu jurysdykcyjnego państw: „Koncepcja immunitetu jurysdykcyjnego jest bowiem mało czytelna, trudno przewidywalna i bardzo zależna od wrażliwości w poszczególnych krajach. Ocena dokonana przez sąd krajowy stanowi kolejny element prawotwórstwa sądowego w konstrukcji doktrynalnej immunitetu, gdyż system powiązany z immunitetem jurysdykcyjnym państw opiera się wyraźnie na orzecznictwie. Niewiele państw dysponuje bowiem aktami prawa pisanego w tej dziedzinie¹²⁴”.

Dalej rzecznik dodał, że różnice pomiędzy rozwiązaniami krajowymi są tak daleko posunięte, że jakakolwiek kodyfikacja na szczeblu międzynarodowym, jest, po pierwsze, bardzo trudna do przeprowadzenia, a po drugie na tle tych różnic można powziąć wątpliwości co do rzeczywistego istnienia normy międzynarodowego prawa zwyczajowego w tej dziedzinie, która wychodziłaby tylko poza samą tendencję, której nie można zanegować.¹²⁵

Czy w takim przypadku sąd międzynarodowy nie powinien zostawić większej swobody sądom krajowym? To one są organami państwa, a ich orzeczenia bezpośrednio tworzą praktykę państw i kształtują *opinio iuris*.

M. Swart szczegółowo przeanalizowała orzecznictwo międzynarodowych sądów karnych, co doprowadziło ją do konkluzji, że sądy te wielokrotnie stwierdzały istnienie normy zwyczajowego międzynarodowego prawa karnego nawet, gdy praktyka państw była niewielka i niejednolita¹²⁶. I co ciekawe, mandat np. Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Byłej Jugosławii zakrojony był znacznie wężiej niż Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Rwandy. Sędziowie MTKJ mogą stosować tylko takie normy, które niewątpliwie są normami prawa zwyczajowego, i to, jak zaznaczono w Raporcie Sekretarza Generalnego ONZ, aby nie

¹²² Wyrok TSUE z 19 lipca 2012 r. w sprawie C-154/11 *Ahmed Mahamdia przeciwko Algierskiej Republice Ludowo-Demokratycznej*, pkt 55.

¹²³ *Ibidem* pkt 56: „W konsekwencji, biorąc pod uwagę treść tej zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego dotyczącej immunitetu jurysdykcyjnego państw, należy uznać, że immunitet ten nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu rozporządzenia nr 44/2001 w sprawie takiej jak sprawa przed sądami krajowymi, w której pracownik domaga się odszkodowania i kwestionuje wypowiedzenie stosunku pracy nawiązanego z państwem, gdy sąd, przed który wytoczono powództwo, ustalił, że obowiązki wykonywane przez tego pracownika nie były objęte zakresem wykonywania władzy publicznej, lub gdy nie istnieje prawdopodobieństwo, by postępowanie mogło naruszyć interesy bezpieczeństwa tego państwa. W oparciu o takie ustalenie sąd, przed który wytoczono powództwo w takiej sprawie jak sprawa przed sądem krajowym, może także uznać, że sprawa ta objęta jest przedmiotowym zakresem zastosowania rozporządzenia nr 44/2001.”

¹²⁴ Opinii rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie C-154/11 *Ahmed Mahamdia przeciwko Algierskiej Republice Ludowo-Demokratycznej*, pkt 20.

¹²⁵ *Ibidem*, pkt. 23-24.

¹²⁶ M. Swart, *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena printers 2006, s. 73 i n. – [https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/5434/Thesis.pdf?sequence=1/](https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/5434/Thesis.pdf?sequence=1) dostęp 28.08.2014.

tworzyli prawa¹²⁷. Natomiast ograniczenie to nie ma zastosowania do Trybunału rwandyjskiego (prawo zwyczajowe i inne instrumenty prawa międzynarodowego). W praktyce MTKJ nie przestrzegał ograniczenia, i to właśnie mogło przyczynić się, zdaniem M. Swart, do większego aktywizmu tego Trybunału¹²⁸.

M. Swart przywołuje m.in. opinie Nollkaempera, Mettraux i Cassese. A. Nollkaemper uważa, że sądy te zadawały się bardzo ograniczonym orzecznictwem (*extremely limited case law*)¹²⁹. W tym samym duchu Mettraux argumentuje, że istnienie normy prawa zwyczajowego ustalane jest w drodze indukcji opartej na analizie wystarczająco rozległej i przekonującej praktyki państw, a nie dedukcji opartej na założonych tezach co do tego, jakie prawo powinno być (*by induction based on an analysis of a sufficiently extensive and convincing state practice, and not by deduction based on preconceived ideas*), tymczasem Trybunały często "stawiały proces tworzenia się zwyczaju na głowie" (*turned the customary process on its head*) najpierw wskazując normę a potem wyjaśniając praktykę państw w świetle tej normy¹³⁰. A. Cassese natomiast podkreśla różnicę między prawem humanitarnym a powszechnym prawem międzynarodowym. *Usus* i *opinio iuris* jako elementy prawa zwyczajowego odgrywają w prawie humanitarnym inną rolę i jest to skutkiem klauzuli Martensa.¹³¹ Klauzula, zdaniem Cassese, zrównuje jako źródła historyczne prawa międzynarodowego *laws of humanity* oraz *dictates of the public conscience* z praktyką państw. W konsekwencji można wnioskować, że wymóg praktyki państw nie musi być ściśle przestrzegany przy tworzeniu zasady lub normy opartej na wymogach humanizmu. Innymi słowy, klauzula

¹²⁷ W ten sposób *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, z 3 maja 1993 r., (S/25704) pkt 34, ustanawiający MTKJ.

¹²⁸ M. Swart, *Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2010, vol. 70, s. 462.

¹²⁹ A. Nollkaemper, *The legitimacy of international law in the case law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (w:) T. Vandamme, J. H. Reestman (red.), *Ambiguity in the Rule of Law, The Interface between National and International Legal Systems*, Amsterdam 2001, s. 13-23.

¹³⁰ G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford 2005, s. 13, "The statement that a norm is customary is therefore only ever as good as the explanation referred to by the court in support of its finding to that effect. Regrettably, many a Chamber of the *ad hoc* Tribunals has been too ready to brand norms as customary, without giving any reason or citing any authority for that conclusion" (s. 15).

¹³¹ A. Cassese, *International Criminal Law* 2003, s. 126. Zob. także A. Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, *European Journal of International Law* 2000, vol. 11, s. 187; T. Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, *American Journal of International Law* 2000, vol. 94, s. 88. Klauzula Martensa jest formułą przyjętą z inicjatywy Fiodora Martensa i zamieszczoną po raz pierwszy w preambule do Konwencji haskiej II z 1899 r. o prawach i zwyczajach wojny lądowej; następnie znalazła się w preambule IV Konwencji haskiej z 1907 r. dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej; w zmodyfikowanej formie powróciła w 1977 r. w art. 1 ust. 2 Protokołu dodatkowego I do Konwencji genewskich z 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Nawiązano do niej także w preambule Protokołu dodatkowego II dotyczącego ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. W wersji z 1977 r. klauzula brzmi następująco: "W przypadkach nie objętych niniejszym protokołem i innymi umowami międzynarodowymi osoby cywilne i kombatanci pozostają pod ochroną i władzą zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów (*usages established among civilized peoples*), zasad humanizmu (*laws of humanity*) oraz wymagań powszechnego sumienia (*dictates of the public conscience*)" (załącznik do Dz.U. 1992, nr 41, poz. 175). Zob. T. Widlak, *Klauzula Martensa na tle pojęcia "ludzkość" w prawie międzynarodowym*, (w:) *Międzynarodowe prawo humanitarne*, t. III, Gdynia 2012, s. 173 i n.

Martensa poluznia wymóg *usus* a podnosi *opinio iuris* do rangi wyższej niż normalnie akceptowana¹³².

Widać to na przykładzie sprawy *Kupreškić*. Sędziowie MTKJ, m.in. co do legalności represaliów, uznali, że praktyka państw nie dowodzi, że wytworzył się zwyczaj, ale za to możliwe jest wywiedzenie *opinio necessitatis* z wymogów ludzkości lub powszechnego sumienia, i jest to wystarczające do ustalenia zwyczaju¹³³.

Z kolei w sprawie *Galić* MTKJ uznał, że zakaz terroru przeciwko ludności cywilnej określony w art. 51 ust. 2 Protokołu dodatkowego I i art. 13 ust. 2 Protokołu dodatkowego II stanowi prawo zwyczajowe co najmniej od włączenia zakazu do tych traktatów. Jugosławia nie była stroną tych umów, stąd wykazanie, że zakaz terroru stanowi prawo zwyczajowe miało fundamentalne znaczenie dla jurysdykcji Trybunału. Jest interesujące, że Izba Procesowa Trybunału w zasadzie nie zajęła stanowiska czy zakaz jest prawem zwyczajowym, aczkolwiek przywołała kilka orzeczeń i aktów krajowych, odwołała się do IV Konwencji genewskiej i Protokołów dodatkowych z 1977 r., przy czym przyjrzała się także prawu jugosłowiańskiemu implementującemu te umowy. Zawierało ono wyraźne lub implikowane odniesienia do zakazu terroru i jego penalizacji. Co więcej, Izba znalazła jeden przykład skazania z tego tytułu kilku osób przez sąd w Splicie¹³⁴.

Inaczej niż Izba Procesowa, Izba Apelacyjna zajęła się ustaleniem zwyczajowego charakteru zakazu. Jako dowody tego charakteru zakazu przyjęła fakt, że żadne z państw, nawet te, które np. głosowały przeciw Protokołowi i (Francja) lub wstrzymały się od głosu, nie kwestionowało zakazu podczas prac nad Protokołami, a sam zakaz ma silne zakorzenienie w fundamentalnych zasadach leżących u podstaw zakazu ataków na ludność cywilną, tj. zasady rozróżniania (*distinction*) i ochrony, które stanowią zasady nieprzekraczalne/absolutne prawa zwyczajowego (*intransgressible principles of international customary law*)¹³⁵. Dalsze dowody, które wskazała Izba Apelacyjna to umowy, które nie weszły w życie lub projekty umów i deklaracje¹³⁶ a także oświadczenia na konferencjach międzynarodowych (co prawda tylko jednego państwa USA) oraz podręczniki wojskowe¹³⁷.

M. Swart krytykuje wyrok Izby Procesowej, gdyż oparty jest jedynie na umowie międzynarodowej, zwłaszcza w części, w której Izba ustaliła formę *mens rea* i przyjęła, że zbrodnia terroru wymaga specjalnego zamiaru (nie wystarczy *dolus eventualis* czy lekkomyślność)¹³⁸. Izba Procesowa działała *ultra vires* uznając, że naruszenie umowy stanowi zbrodnię¹³⁹.

Można się zgodzić, że Izba Procesowa uprościła postępowanie, choć sama przyznała, że nie będzie ustalać istnienia prawa zwyczajowego, pośrednio je jednak ustaliła. Nie był to za-

¹³² A. Cassese, *International Criminal Law* (przypis 128), s. 122.

¹³³ Wyrok MTKJ z 14 stycznia 2000 r. w sprawie nr IT-95-16-T, *Prosecutor v. Kupreškić*, pkt. 524-525, 527.

¹³⁴ Wyrok MTKJ z 5 grudnia 2003 r. w sprawie nr IT-98-29-T, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, pkt. 113-128.

¹³⁵ Wyrok MTKJ z 30 listopada 2006 r. w sprawie nr IT-98-29-A, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, pkt 87.

¹³⁶ *Ibidem*, pkt 88 (Rules Concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare z 1923 r., Draft Convention for the Protection of Civilian Populations against New engines of War z 1938 r., New Delhi Draft Rules for protection of civilians states Turku Declaration of Minimum Humanitarian Standards z 1995 r.).

¹³⁷ *Ibidem*, pkt 89.

¹³⁸ Wyrok w sprawie *Galić* (przypis 134), pkt 136.

¹³⁹ M. Swart (przypis 125), s. 468.

tem wyrok oparty na umowie. Ponadto Izba Apelacyjna nadrobiła braki poprzedniego wyroku. Można jednak wyrazić wątpliwość czy dowody istnienia prawa zwyczajowego przedstawione w obydwóch wyrokach są wystarczające, zwłaszcza dla celów odpowiedzialności karnej. Nawet jeśli przyjąć, że w pewnych przypadkach sądy te orzekały na podstawie ogólnych zasad prawa (za takie można uznać zasady wyrażone w klauzuli Martensa), to nie rozwiewa to wszystkich wątpliwości.

Na tym tle Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości nie wypada lepiej. Przykładowo w sprawie *Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen* w 1993 r.¹⁴⁰, opierając się w zasadzie jedynie na wcześniejszej decyzji Izby w sprawie *Gulf of Maine*, a nie na analizie praktyki państw, stwierdził, że norma wskazująca, iż delimitacja powinna rozpocząć się od tymczasowej linii środkowej jest normą prawa zwyczajowego¹⁴¹.

W tych przypadkach, w których sądy międzynarodowe zbyt luźno stosują wymogi stwierdzenia prawa zwyczajowego, szczególnego znaczenia nabiera dyskursywny charakter procesu prawotwórczego i mechanizmy kontrolne dostępne w prawie międzynarodowym. Wyrok wiąże strony, ale państwa trzecie mogą skorzystać z reguły *persistent objector*, sprzeciwić się ustaleniom sądu i w ten sposób uzyskać nieprzeciwstawialność normy w stosunku do siebie. Jeśli tego nie robią, to potwierdza się teza, że stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego przez sądy może być skutecznym narzędziem prawotwórczym.

7.3. Rozwijanie prawa międzynarodowego przez odwołanie do zasad ogólnych prawa

Odwoływanie się przez sędziów międzynarodowych do „zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane” stwarza potencjalnie duże możliwości rozwijania prawa międzynarodowego. Co ciekawe, sędziowie odwoływali się do ogólnych zasad prawa na długo przed wprowadzeniem ich do statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej¹⁴². Włączenie do art. 38 statutu STSM, a potem MTS, zasad ogólnych prawa miało na celu dać sędziemu możliwość rozstrzygnięcia sprawy, gdy zabraknie i regulacji konwencyjnej i prawa zwyczajowego, po to by zapobiec stwierdzeniu *non liquet*¹⁴³. A zatem także twórcy statutu musieli zakładać prawotwórczą rolę sędziów.

J. L. Brierly, jeden z autorytetów w doktrynie prawa międzynarodowego, słusznie przestrzegał zasady ogólne jako dynamiczny element prawa międzynarodowego, a stąd i potencjał tkwiący w art. 38 ust. 1 pkt c statutu MTS. Stwierdzał on, że przepis ten jest „autoryta-

¹⁴⁰ Wyrok (przypis 45), pkt. 47-48.

¹⁴¹ Wyrok (przypis 43).

¹⁴² J. G. Lammers, *General Principles of Law Recognized by Civilised Nations*, (w:) F. Kalshoven, P. J. Kuyper, J. G. Lammers (red.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F van Panhuys* 1980, s. 65, zob. także H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Oxford 1927, s. 38-42.

¹⁴³ *Non liquet* oznacza stwierdzenie, że nie ma prawa, na podstawie którego można sprawę rozstrzygnąć, dokładnie – „nie jest jasne”. Zob. prace Komitetu Doradczego, który zajmował się *non liquet* na sesjach 13-15, *Procès-verbaux* (przypis 21), s. 296, 307-308, 314, 317, 332 oraz 338, w szczególności Baron Descamps, s. 332; zob. także H. Lauterpacht, *Private* (przypis 142), s. 67-71, *idem*, *The Functions of Law in the International Community* 1933, s. 205 i n., B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953, s. 6-21; D. Bodansky, *Non liquet and the incompleteness of international law*, (w:) L. Boisson de Chazournes, P. Sands (red.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge 1999.

tywnym uznaniem dynamicznego elementu prawa międzynarodowego i twórczej funkcji sądów, które nim zarządzają”¹⁴⁴.

Ogólne zasady prawa wymagają dowodu ogólnej akceptacji i uznania tak jak w przypadku prawa zwyczajowego. Są jednak różnym od prawa zwyczajowego źródłem prawa, nie zależą bowiem od zachowania państwa, przeciwko któremu są powoływane. Wymóg praktyki państw jest znacząco złagodzony¹⁴⁵. Ich treść jednak jest abstrakcyjna i musi być rozwijana w konkretnym przypadku. Dlatego R. Kolb słusznie stwierdza, że specyficzna rola ogólnych zasad prawa w fazie tworzenia nowego prawa, na poziomie legislacyjnym, i ich dynamiczna funkcja w stosowaniu prawa w rzeczywistości pozwala patrzeć na nie jako na typ źródła prawa, które wykracza daleko poza ideę posiłkowego wypełniania luk w prawie, która towarzyszyła konstruowaniu art. 38 ust. 1 pkt c statutu MTS. Każda z zasad ogólnych jest sama w sobie źródłem prawa, a raczej „źródłem norm” (*norm-sources*). Zasada ogólna nie ma bowiem sztywnego zakresu, jej stosowanie polega na nadawaniu jej znaczenia w odniesieniu do rzeczywistych potrzeb i zjawisk, zgodnego z aktualnymi wyobrażeniami o wartościach, sprawiedliwością itd.¹⁴⁶

Z tego punktu widzenia zasady ogólne prawa są źródłem atrakcyjnym. Sędzia może po nie sięgać zarówno do prawa międzynarodowego jak i prawa krajowego, prawa natury lub norm moralnych (wspólna świadomość prawna/*opinio iuris communis*). Ma przy tym znaczącą swobodę w uwzględnianiu społecznych, politycznych i moralnych uzasadnień dla zastosowania zasad. Może przez to nadać nowy kierunek prawu międzynarodowemu i wesprzeć jego ewolucję.

Abstrakcyjny charakter jest źródłem dynamizmu zasad ogólnych, w szczególności takich jak zasada dobrej wiary, rządów prawa, godności ludzkiej, *estoppel*, ochrony uprawnionych oczekiwań, rozsądku (*reasonableness*), proporcjonalności, minimalnych standardów procesowej rzetelności i wielu innych.

Odwołanie do zasad ogólnych jest bez wątpienia narzędziem postępu, nadaje prawu międzynarodowemu elastyczność i umożliwia jego sprawne działanie w obliczu współczesnych wyzwań. Sądy międzynarodowe są jednak na ogół wstrzemięźliwe w odwoływaniu się do zasad i opieraniu na nich swoich rozstrzygnięć, i jak można zauważyć choćby na przykładzie wspomnianych wyżej spraw *Kupreškić* oraz *Galić*, powołują zasady na ogół posiłkowo, w celu wzmocnienia swojej argumentacji lub dokonania interpretacji przepisu lub normy prawa zwyczajowego w kierunku, który wskazuje zasada.

¹⁴⁴ J. L. Brierly, *The Law of the Nations*, Clarendon Press 1963, s. 63: „an authoritative recognition of a dynamic element in international law, and of the creative function of the courts which may administer it”.

¹⁴⁵ B. Cheng (przypis 140), s. 24 („In the definition of the third source of international law, there is also an element of recognition on the part of civilised peoples but the requirement of a general practice is absent”). Podobnie M. Bos, *The identification of custom in International Law*, German Yearbook of International Law 1982, vol. 25, s. 11. W opinii odrębnej w sprawie Afryki Południowo-Zachodniej sędzia Tanaka zauważa w podobnym duchu, że ogólne zasady prawa rozciągają „konceptję źródeł prawa międzynarodowego poza granice prawniczego pozytywizmu, zgodnie z którym państwa są związane tylko swoją własną wolą” (Dissenting opinion of Judge Tanaka *South West African cases* (Second Phase), ICJ Reports 1966, s. 298).

¹⁴⁶ R. Kolb, *Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)*, NILR 2006, vol. 53, s. 9 i n. Zob. na temat funkcji zasad ogólnych prawa także D. Carreau, *Droit International*, wyd. 8, Paris 2004, s. 287 i n.

Znaczące jest jednak np. oparcie wielu rozstrzygnięć międzynarodowych sądów karnych na klauzuli Martensa, tj. wymogach humanizmu i wymogach powszechnego sumienia¹⁴⁷. Dla międzynarodowych sądów karnych charakterystyczne jest poszukiwanie rozwiązań w ogólnych zasadach prawa¹⁴⁸. Są one jednak ostrożne w wywodzeniu zasad ogólnych z prawa krajowego, podobnie jak MTS¹⁴⁹. MTKJ sformułował dość rygorystyczne warunki odwoływania się do systemów prawa krajowego¹⁵⁰.

8. Sprawa *Tadić* – studium przypadku

Jednymi z najbardziej prawotwórczych orzeczeń ostatnich lat są bez wątpienia orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Jugosławii dotyczące Dusko Tadića (wyroki Izby Procesowej i Izby Apelacyjnej). Warto się im bliżej przyjrzeć, ilustrują one stosowanie przez sędziów wszystkich wskazanych wyżej narzędzi prawotwórczych, a także inne problemy związane z rozwijaniem prawa przez sąd międzynarodowy.

Dusko Tadić, członek paramilitarnej grupy bośniackich Serbów, był pierwszym od czasu procesu norymberskiego oskarżonym o dokonanie zbrodni międzynarodowych, który został postawiony przed międzynarodowym trybunałem. Sprawa *Tadića* dawała Trybunałowi unikalną okazję wyjaśnienia i rozwinięcia prawa międzynarodowego. Trybunał skorzystał z tego w kolejnych decyzjach wydawanych w tej sprawie, przede wszystkim w decyzji kompetencyjnej z 1995 r. (dalej *Tadić* 1995)¹⁵¹ oraz w wyroku merytorycznym (dalej *Tadić* 1999)¹⁵².

Izba Apelacyjna wykazała się prawotwórstwem, stwierdzając po pierwsze, że Trybunał posiada kompetencję do określania własnej kompetencji (*Kompetenz-Kompetenz*), może zatem badać czy został ustanowiony zgodnie z prawem. Prowadziło to do skontrolowania po raz pierwszy przez sąd międzynarodowy decyzji Rady Bezpieczeństwa (przyznania, że możliwa jest ich pośrednia kontrola) i stwierdzenia, że MTKJ działa legalnie. Izba Apelacyjna uznała zatem, że badanie działań RB ONZ polegających na ustanowieniu Trybunału nie stanowi wyjątej spod kontroli „kwestii politycznej” (*political question*), lecz mieści się w granicach kompetencji sądu¹⁵³. Decyzja MTKJ była w tym zakresie zarówno krytykowana jak i aprobowana¹⁵⁴, uważana jest jednak za innowacyjną i słuszną. Trudno zresztą byłoby sobie wyobra-

¹⁴⁷ Zob. na temat roli klauzuli Martensa wyrok w sprawie *Kupreškić* (przypis 133), pkt. 524-525.

¹⁴⁸ Na temat stosowania zasad ogólnych prawa przez międzynarodowe sądy karne zob. np. M. Swart (przypis 125), s. 469 i n.

¹⁴⁹ G. Gaja, *General Principles of Law*, (w:) R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford University Press 2008 (wersja on-line: www.mpepil.com) konkluduje: "The ICJ generally asserted the existence of principles in international law irrespective of their correspondence to principles pertaining to municipal laws. The ICJ thus included in general international law norms that could not be defined as part of customary law. Principles drawn from municipal laws were applied only with caution by the ICJ. On the contrary, arbitration tribunals have shown little hesitation in referring to municipal systems even when they arguably offer a variety of solutions and the adoption of one or the other solution necessarily implies a considerable discretion." Na temat wstrzeźliwości w tej dziedzinie MTS zob. także *Commentary to the Statute of the International Court of Justice* (przypis 57), s. 782.

¹⁵⁰ Wyrok MTKJ w sprawie *Furundžija*, (przypis 103), pkt. 174 i n.; z 15 lipca 1999 r. w sprawie nr IT-94-1-A, *Prosecutor v. Tadić*, pkt 225.

¹⁵¹ *Tadić* 1995 (przypis 50).

¹⁵² *Tadić* 1999 (przypis 147).

¹⁵³ *Tadić* 1995 (przypis 50), pkt 24.

¹⁵⁴ M. Swart (przypis 123), s. 201-202.

zić sytuację, w której Trybunał stwierdziłby, że RB ONZ nie miała kompetencji do ustanowienia MTKJ.

Po drugie, Izba Apelacyjna stwierdziła, że konflikt w Jugosławii miał w poszczególnych fazach charakter konfliktu zbrojnego międzynarodowego albo wewnętrznego oraz że zbrodnie wojenne mogą zostać popełnione także w ramach konfliktu o charakterze niemiędzynarodowym¹⁵⁵. Dokonana przez Trybunał interpretacja art. 3 statutu Trybunału i stwierdzenie, że ma on zastosowanie do wewnętrznego konfliktu zbrojnego ma charakter prawotwórczy. Art. 3 daje Trybunałowi kompetencje do sądenia osób naruszających „prawa i zwyczaje wojenne”, i nie zawiera żadnego wyraźnego odniesienia do rodzaju konfliktu, do którego miałby zastosowanie¹⁵⁶. Teza MTKJ, że „prawa i zwyczaje wojenne” mogą być naruszone zarówno w konflikcie międzynarodowym jak i wewnętrznym, znalazła odzwierciedlenie i rozwinięcie w postanowieniach kompetencyjnych statutu ustanawiającego Międzynarodowy Trybunał Karny (art. 8 ust. 2 pkt c oraz art. 8 ust. 2 pkt e). Została w ten sposób zaakceptowana przez państwa.

Po trzecie, MTKJ rozszerzył koncepcję odpowiedzialności karnej z tytułu uczestnictwa w zorganizowanej grupie przestępczej/wspólnym przedsięwzięciu kryminalnym (*joint criminal enterprise*). Tadić, podobnie jak wiele innych osób przed MTKJ, został oskarżony o udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Orzeczenie Trybunału położyło podwaliny pod koncepcję odpowiedzialności za wspólny cel (*common purpose*)¹⁵⁷.

Izba Apelacyjna rozszerzyła koncepcję *common purpose* na przypadki wspólnego planu (*common design*), w których jeden ze sprawców popełnia czyn, który chociaż wykracza poza plan jest jednak naturalną i przewidywalną konsekwencją wspólnego celu (tzw. wspólny cel trzeciej kategorii/*third category common purpose*) lub rozszerzony wspólny cel (*extended common purpose*). Statut MTKJ zawierał w tej kwestii lukę, Trybunał wydedukował zatem, że ta forma odpowiedzialności wynika z art. 7 ust. 1 statutu, oraz że wspólne przedsięwzięcie kryminalne stanowi formę sprawstwa (*commission*), o której mowa w art. 7 ust. 1.

MTKJ argumentował, że pojęcie wspólnego przedsięwzięcia kryminalnego jest dobrze ustalone i stanowi prawo zwyczajowe¹⁵⁸. Przy czym ustalił istnienie prawa zwyczajowego na podstawie kilku orzeczeń sądów Zjednoczonego Królestwa, Stanów Zjednoczonych, Niemiec, Francji, Włoch, Niderlandów, a także dwóch umów międzynarodowych, które w momencie wydawania orzeczenia przez Izbę Apelacyjną nie weszły jeszcze w życie (Międzynarodowa konwencja w sprawie zwalczania aktów terrorystycznych z 15 grudnia 1997 r. oraz statut MTK z 1998 r.). Izba uznała, że statut Międzynarodowego Trybunału Karnego wyraża *opinio iuris* państw, które go podpisały¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Tadić 1995 (przypis 50), pkt 77.

¹⁵⁶ Art. 2 statutu odnosi się do „poważnych naruszeń Konwencji genewskich”, które jak jest powszechnie rozumiane mogą być popełnione tylko w ramach międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Z kolei, art. 5 statutu odnosi się do zbrodni przeciwko ludzkości, dając Trybunałowi kompetencje w odniesieniu do zbrodni popełnionych zarówno w konflikcie o charakterze międzynarodowym jak i wewnętrznym. Wynikała z tego konieczność zakwalifikowania konfliktu w Jugosławii.

¹⁵⁷ M. Swart (przypis 123), s. 213.

¹⁵⁸ Tadić 1999 (przypis 147), pkt. 220 i n.

¹⁵⁹ Izba Apelacyjna konkludowała następująco: „the consistency and cogency of the case law and the treaties referred to above, as well as their consonance with the general principles on criminal responsibility laid down both in the Statute and general international criminal law and in national legisla-

Po czwarte, Trybunał przededefiniował pojęcie osób chronionych¹⁶⁰. D. Tadić został oskarżony o popełnienie szeregu przestępstw na terytorium Bośni i Hercegowiny w okresie od końca maja do początków sierpnia 1992 r. (gwałty, zabójstwa, tortury, okrutne traktowanie), w szczególności w obozie w Omarsku, w którym siły serbskie przetrzymywały znaczną liczbę bośniackich Muzułmanów i Chorwatów. Problem dotyczył stwierdzenia jurysdykcji Trybunału w odniesieniu do zarzucanych Tadićowi przestępstw, w szczególności na podstawie art. 2 statutu. Przepis ten daje Trybunałowi kompetencje w zakresie poważnych naruszeń Konwencji genewskich z 1949 r. Mogą one być popełnione jedynie w czasie międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Drugi warunek wynika z samych Konwencji genewskich. Ofiary konfliktu muszą być „osobami chronionymi”, o których mowa w art. 4 akapit 1 IV Konwencji genewskiej. Przepis ten postanawia, że „Pod ochroną niniejszej Konwencji pozostają osoby, które kiedykolwiek i w jakikolwiek sposób znalazły się w razie konfliktu lub okupacji we władzy jednej ze Stron w konflikcie lub Mocarstwa okupacyjnego, których nie są obywatelami”¹⁶¹. Ponieważ Tadić argumentował, że konflikt, w trakcie którego czyny zostały popełnione nie miał charakteru międzynarodowego, kluczowe stało się ustalenie tej kwestii. Rozpatrująca sprawę w pierwszej instancji Izba Procesowa nie miała wątpliwości, że konflikt między Bośnią a Republiką Federalną Jugosławii (*dalej* FRJ) miał w tym okresie charakter konfliktu międzynarodowego. Kolejną kwestią było ustalenie czy bośniaccy Muzułmanie i Chorwaci znajdowali się „pod władzą jednej ze Stron w konflikcie, której nie są obywatelami”. W tym celu Izba zastosowała test wypracowany przez MTS w znanej sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, w której Trybunał rozstrzygał, czy naruszenia prawa humanitarnego popełnione przez nikaraguańskich rebeliantów mogą być przypisane Stanom Zjednoczonym. MTS uznał, że państwu można przypisać odpowiedzialność, jeśli sprawuje ono efektywną kontrolę (*effective control*) nad aktorem niepaństwowym (*non-State actor*) w odniesieniu do zarzucanego czynu. Stosując test efektywnej kontroli do działań amerykańskich polegających m.in. na wsparciu logistycznym i finansowym grupy paramilitarnej – *contras*, MTS uznał, że Stany Zjednoczone nie mogą ponosić odpowiedzialności za działania *contras*.

MTKJ nie jest sądem rozstrzygającym o odpowiedzialności międzynarodowej państwa, lecz o odpowiedzialności karnej jednostek. Potraktował on jednak kwestię odpowiedzialności państwa jako wstępną dla ustalenia charakteru konfliktu. Stąd test efektywnej kontroli stosowany do odpowiedzialności państwa za działania jednostek stał się, pośrednio, odpowiedni do ustalenia międzynarodowej odpowiedzialności karnej. Izba Procesowa stwierdziła, że test efektywnej kontroli w analizowanym przypadku nie został spełniony. FRJ nie kontrolowała bośniackich Serbów, nie wydawała im bowiem rozkazów, ani nie kierowała ich działaniami zbrojnymi. Ani Republika Srpska ani siły zbrojne Serbów bośniackich nie mogą być uważane za *de facto* organy państwa lub agendy FRJ. W konsekwencji bośniaccy Muzułmanie znajdowali się pod władzą bośniackich Serbów, obywateli tego samego państwa, a nie „pod władzą jednej ze Stron w konflikcie, której nie są obywatelami”¹⁶².

tion, warrant the conclusion that [that] case law reflects customary rules of international criminal law”. *Ibidem*, pkt 226].

¹⁶⁰ M. Swart (przypis 123), s. 206 i n.

¹⁶¹ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956r., nr 38, poz. 171, załącznik)

¹⁶² Opinia i wyrok Izby Procesowej MTKJ z 7 maja 1997 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić*, pkt. 569 i n., 608.

Izba Apelacyjna nie podzieliła tego stanowiska, odrzuciła literalną interpretację art. 4 akapit 1 Konwencji genewskiej IV. Zastąpiła wymóg obywatelstwa wymogami posłuszeństwa/lojalności i podkreśliła konieczność zapewnienia efektywnej ochrony¹⁶³, odwołując się do celu całego art. 4, zwłaszcza wywodząc wnioski z akapitu 2, który m.in. dotyczy ochrony obywateli państwa neutralnego¹⁶⁴. Zdaniem Izby Apelacyjnej, celem art. 4 jest zapewnienie praw osobom, które nie mogą skorzystać z ochrony przedstawicielstwa dyplomatycznego i jednocześnie nie są związane więzami posłuszeństwa z państwem, pod którego władzą się znalazły. Obywatelstwo nie może być współcześnie jedynym kryterium w takich konfliktach, w szczególności w tak złożonej sytuacji etnicznej, jaka miała miejsce w przypadku konfliktów w byłej Jugosławii. Test efektywnej kontroli/test sprawy Nikaragui nie może być stosowany do indywidualnej odpowiedzialności karnej. Nie wynika ponadto z praktyki państw. Do ustalenia odpowiedzialności państwa za wszelkie działania grupy paramilitarnej, i w konsekwencji zastosowania do konfliktu zbrojnego prawa humanitarnego, wystarczający jest zdaniem Izby Apelacyjnej, słabszy test, test *overall control* (ogólnej kontroli). W oparciu o te przesłanki Izba Apelacyjna konkludowała, że FRJ sprawowała ogólną kontrolę nad działaniami bośniackich Serbów¹⁶⁵. Test ogólnej kontroli uznany został za autorytatywny i stosowany był przez MTKJ w późniejszych sprawach.

W sprawie *Tadić* Izba Apelacyjna wykroczyła poza interpretację istniejącego prawa, zatarła granicę między konfliktem międzynarodowym i konfliktem wewnętrznym i rozszerzyła znacząco kategorię osób podlegających ochronie w przypadku konfliktu zbrojnego. Działania te bez wątpienia mogą być kwalifikowane jako zmieniające prawo.

Podlegają jednak weryfikacji. Obydwa wyroki były kontestowane przez doktrynę¹⁶⁶, a także m.in. przez J. Crawforda, który był w tym czasie sprawozdawcą Komisji Prawa Międzynarodowego pracującą nad projektem artykułów dotyczących odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa międzynarodowego. W sprawie *Tadić* obie Izby Trybunału oparły się na art. 8 pkt a Projektu artykułów dotyczących odpowiedzialności państwa (*Draft Articles on State Responsibility*) z 1996 r. Crawford ostro skrytykował dokonaną przez Izbę Apelacyjną interpretację ówczesnego art. 8 pkt a uważając, że przepis ten nie powinien wykraczać poza przypadki rzeczywistego upoważnienia lub instruowania grupy, dotyczyć tylko takich operacji,

¹⁶³ *Tadić* 1999 (przypis 147), pkt. 163-169.

¹⁶⁴ Art. 4 akapit 2 brzmi: „Obywatele Państwa, które nie jest związane Konwencją, nie pozostają pod jej ochroną. Obywatele Państwa neutralnego znajdujących się na terytorium Państwa wojującego oraz obywateli Państwa współwojującego nie uważa się za podlegających ochronie dopóty, dopóki Państwo, którego są oni obywatelami, posiada normalne przedstawicielstwo dyplomatyczne w Państwie, w którego władzy się znajdują.”

¹⁶⁵ *Tadić* 1999 (przypis 147), pkt 162.

¹⁶⁶ Np. J. E. Alvarez, *Nuremberg Revisited: The Tadić Case*, *European Journal of International Law* 1996, vol. 7, s. 245 i n.; T. Meron, *Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's fallout*, *American Journal of International Law* 1998, vol. 92, s. 236 i n.; A. de Hoogh, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, *British Yearbook of International Law* 2002, vol. 72, s. 290 i n.; M. Sassoli and L. M. Olson, *The judgment of the ICTJ Appeals Chamber on the merits of the Tadić case*, *International Review of the Red Cross* 2000, vol. 82, s. 734; A Nollkaemper (przypis 126) s. 13 i n.; zob. także J. Kranz, *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009, s. 185-210.

które znajdują się pod kierownictwem i kontrolą państwa oraz kwestionowane działania muszą stanowić integralną część operacji¹⁶⁷.

Krytyka wywołana orzeczeniami MTKJ dała asumpt do zrewidowania Artykułów¹⁶⁸ oraz dołączonego do nich Komentarza (*Commentary on the Articles on State Responsibility*¹⁶⁹). Artykuły opierają się obecnie bardziej wyraźnie na teście efektywnej kontroli. Tak też zinterpretował je MTS w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo*. Komentarz odnotowuje różnicę stanowisk między MTKJ i MTS, i jedynie stwierdza, że w każdym przypadku jest kwestią oceny czy konkretne działania były prowadzone pod kontrolą państwa¹⁷⁰.

Na orzeczenie w sprawie *Tadić* zareagował również MTS, przede wszystkim w sprawie dotyczącej ludobójstwa w Bośni (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*). Najpierw jednak, jak stwierdziliśmy wyżej, w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo* zastosował ścisły test efektywnej kontroli odwołując się do sprawy Nikaragui. Trybunał rozstrzygał czy działania pewnych grup paramilitarnych działających w Demokratycznej Republice Kongo mogą zostać przypisane Ugandzie. MTS stwierdził w odniesieniu do faktów tego przypadku, że wymagany poziom instrukcji, kierownictwa lub kontroli nie został spełniony (działania Ugandy polegały na wsparciu militarnym i szkoleniach)¹⁷¹.

Sprawa ludobójstwa w Bośni jest o tyle bardziej interesująca, że dotyczyła podobnej sytuacji faktycznej do sprawy *Tadić*. Chodziło o to czy FRJ, a następnie Serbia, była odpowiedzialna za akty ludobójstwa popełnione przez siły bośniackich Serbów podczas wojny w Bośni. MTS starannie rozważył rozumowanie Izby Apelacyjnej w sprawie *Tadić*, lecz w efekcie potwierdził test efektywnej kontroli ze sprawy Nikaragui. Trybunał podkreślił, że w pełni akceptuje ustalenia MTKJ co do faktów w tej sprawie, czy odpowiedzialności karnej, ale nie może tego samego uczynić w odniesieniu do stwierdzeń dotyczących powszechnego prawa międzynarodowego. MTKJ bowiem nie jest sądem powołanym do rozstrzygania kwestii odpowiedzialności międzynarodowej państwa, i wcale nie musiał o tym rozstrzygać w tej konkretnej sprawie. Jego jurysdykcja dotyczy tylko spraw karnych i jednostek. Wypowiedź dotycząca odpowiedzialności państwa miała charakter jedynie incydentalny¹⁷².

Różnica zadań między obydwoma Trybunałami wydaje się znacząca. Nie jest to jednak konflikt nie do pogodzenia jeśli weźmie się pod uwagę wszystkie szczególne okoliczności konkretnego przypadku¹⁷³. Sądy nie są hierarchicznie podporządkowane. Można zadać pyta-

¹⁶⁷ Crawford *First Report on State Responsibility* A/CN.4/490/Add. 5, 22 July 1998, s. 16-24.

¹⁶⁸ Art. 8 pkt a Artykułów o odpowiedzialności państwa (*Articles on State Responsibility*) z 2001 r. stanowi: „The conduct of a person or a group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct.”

¹⁶⁹ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, dostępne na http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf

¹⁷⁰ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* 2002, komentarz do art. 8, s. 112.

¹⁷¹ Wyrok MTS w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Uganda), ICJ Reports 2005, pkt 160.

¹⁷² Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, pkt 403.

¹⁷³ MTS wymaga zatem całkowitej zależności sprawców od państwa lub jego pełnej nad nimi kontroli. Jeśli stwierdzenie takiej kontroli nad sprawcą nie jest możliwe, to w grę wchodzi odpowiedzialność państwa za brak należytej staranności w zapobieżeniu naruszeniom prawa przez aktora niepań-

nie czy w związku z usytuowaniem MTS jako jednego z głównych organów ONZ, także odpowiedzialnego za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, jego stanowisko jest, lub czy powinno być, rozstrzygające? Orzeczenia MTS podlegają jednak takiej samej kontroli jak orzeczenia innych sądów, choć pozycja i autorytet MTS nie są tu bez znaczenia. Proces kształtowania normy może mieć swoje różne meandry, kolejne wyroki odnoszą się do innych sytuacji faktycznych co pozwala spojrzeć na problem z innej perspektywy.

Test ogólnej kontroli, a nie test sprawy Nikaragui, dla przypisania odpowiedzialności państwu za naruszające prawo działania grup nieregularnych przejęły np. Europejski Trybunał Praw Człowieka, Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Rwandy. W sprawie *Loizidou* ETPC przypisał Turcji (państwu-stronie EKPC) odpowiedzialność za naruszenie Konwencji przez lokalne władze Tureckiej Republiki Cypru Północnego. Turcja, zdaniem Trybunału, w wyniku obecności wojskowej sprawowała pewną kontrolę nad terytorium Cypru za pośrednictwem organów własnych oraz (samozwańczej) władzy lokalnej, funkcjonującej tylko dzięki jej poparciu¹⁷⁴.

W sprawie *Ilaşcu* ETPC zajmował się odpowiedzialnością Mołdawii i Rosji m.in. za bezprawne aresztowanie i uwięzienie mające miejsce na terytorium Mołdawii w zbuntowanej prowincji Naddniestrza. Trybunał uznał, że Mołdawia miała w tym przypadku ograniczoną jurysdykcję i dalej rozważał jej odpowiedzialność w świetle koncepcji obowiązków działań pozytywnych państwa¹⁷⁵. Gdy chodzi o Rosję Trybunał stwierdził, iż w wyniku obecności wojskowej sprawuje ona w Naddniestrzu za pośrednictwem własnych organów ogólną kontrolę nad terytorium i podporządkowaną jej administrację lokalną. W związku z tym orzekł, że Rosja odpowiada za akty samozwańczych władz tego regionu i nie jest do tego celu niezbędne szczegółowe kierowanie konkretnymi działaniami tych władz. ETPC podkreślił, że Naddniestrze znajduje się pod efektywną władzą, a co najmniej decydującym wpływem Rosji i tylko dzięki jej wsparciu mogą funkcjonować lokalne (samozwańcze) władze¹⁷⁶.

Tworzenie prawa jest procesem, który może mieć różne formy i różną dynamikę, co obrazuje także kolejny przykład.

stawowego, czyli odpowiedzialność za własne zaniechanie, a nie za akt sprawcy. W gruncie rzeczy MTS przyjmuje milcząco koncepcję ogólnej kontroli w odniesieniu do braku staranności, ponieważ ponoszenie przez państwo odpowiedzialności za własny brak staranności jest możliwe jedynie przy założeniu istnienia pewnego stopnia wpływu na sprawcę. W tym duchu wydaje się iść orzeczenie MTPC, wyrok z 29 lipca 1988 r. w sprawie *Velásquez Rodríguez*, (Ser. C) No. 4, pkt 172. Z kolei sądy stosujące standard ogólnej kontroli przyjmują, że władztwo faktyczne na danym terytorium wykonywane jest niekoniecznie lub nie tylko przez organy własne państwa, lecz również za pośrednictwem zależnej faktycznie od niego struktury władzy lokalnej. W konsekwencji, przy zaistnieniu określonych przesłanek przypisuje się państwu odpowiedzialność za akty aktorów niepaństwowych.

¹⁷⁴ Wyrok (przypis 56), pkt 62, w wersji francuskiej – *exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national*. W wyroku z 18 grudnia 1996 r. *Loizidou v. Turkey* (Merits) pkt 56 – “Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the ‘TRNC’. It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus that her army exercises effective overall control (*contrôle global*) over that part of the island.” Z kolei w wyroku z 10 maja 2001 r. w sprawie nr 25781/94, *Cyprus v. Turkey*, pkt 77 – „effective overall control” (*contrôle global*).

¹⁷⁵ Wyrok ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie nr 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, pkt 333.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pkt. 314-318 (*even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned*, pkt 315). Zob. J. Kranz (przypis 166), s. 197-198.

9. Wypowiedzi walidacyjne – koncepcja *ius cogens*

Ostatnio wiele sądów międzynarodowych wypowiadało się w jednej z kluczowych kwestii prawa międzynarodowego, tj. istnienia norm o charakterze *ius cogens*, a ściślej kwalifikowało niektóre normy jako normy peremptoryjne, np. zakaz tortur, zakaz ludobójstwa, a także prawo do sądu, zakaz dyskryminacji, prawo własności. W skrócie trzeba przypomnieć, że koncepcja *ius cogens* została wypracowana i zaakceptowana przez państwa strony Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (*vide* art. 53 i 64 Konwencji), i była też powodem, dla którego np. Francja nie została stroną Konwencji. Konwencja nie zawiera ani katalogu norm peremptoryjnych ani nie określa wszystkich ich konsekwencji prawnych. Koncepcję *ius cogens* zaczęły zatem „dopracowywać” sądy międzynarodowe, a tym samym ustanawiać hierarchię norm prawa międzynarodowego. To czego nie zrobiły państwa, zaczęli kształtować sędziowie, i to najczęściej w drodze wypowiedzi *obiter dicta*.

Zapoczątkowało ten proces słynne stwierdzenie MTS w sprawie *Barcelona Traction* w 1970 r. o istnieniu w prawie międzynarodowym zobowiązań skutecznych *erga omnes*¹⁷⁷, MTS powróci jednak do problemu dopiero w 2006 r., 36 lat później, i 26 lat po wejściu w życie Konwencji o prawie traktatów.

To właśnie jedno z orzeczeń w sprawie *Tadić* było pierwszym w serii „nowych” decyzji sądowych dotyczących *ius cogens*. We wstępnej decyzji z 2 października 1995 r. wypowiadając się w kwestii własnej jurysdykcji, Izba Apelacyjna MTKJ uznała, że obok prawa zwyczajowego może stosować każdy wiążący strony traktat, o ile nie jest on sprzeczny z lub o ile nie stanowi derogacji od peremptoryjnych norm prawa międzynarodowego, którymi są, zdaniem Trybunału – niektóre normy zwyczajowego prawa humanitarnego¹⁷⁸.

Ten sam sąd w decyzji z 10 grudnia 1998 r. w sprawie *Furundžija*, odwołując się m.in. do orzeczeń sądów krajowych, już wyraźnie uznał zakaz tortur za normę *ius cogens*¹⁷⁹ oraz wskazał szczegółowo skutki prawne przypisania normie takiego charakteru prawnego¹⁸⁰. Przy czym Trybunał oparł swój wniosek na traktatach dotyczących praw człowieka, które uznają zakaz tortur za absolutne prawo zarówno w czasie pokoju jak i w stanach nadzwyczajnych. Co więcej, rozumieją to prawo szeroko, także jako zakaz wydalania do państwa, w którym groziłyby jednostce tortury. (Warto zwrócić uwagę na skromne wyliczenie tych traktatów w przypisie nr 165 w decyzji Trybunału¹⁸¹.) Trybunał podkreślił przy tym istotne znaczenie wartości chronionych przez zakaz tortur jako podstawę ewolucji w normę peremptoryjną, tj. taką która w hierarchii norm prawnych ma wyższą rangę aniżeli normy traktatowe czy „zwykłe” normy zwyczajowe¹⁸².

¹⁷⁷ Wyrok (przypis 35), pkt. 33-34. Trybunał potwierdził wcześniej koncepcję zobowiązań *erga omnes*, w opinii doradczej w sprawie muru na okupowanym terytorium palestyńskim (przypis 89), pkt. 155 i n.

¹⁷⁸ *Tadić* 1995 (przypis 50), pkt 143.

¹⁷⁹ Wyrok (przypis 103), pkt 144.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pkt. 144-157.

¹⁸¹ Przypis 165 wymienia tylko dwie umowy: “See Art. 3 of the Torture Convention; Art. 13(4) of the Inter-American Convention (...)”

¹⁸² Podobnie zob. np. wyrok MTKJ z 16 listopada 1998 r. w sprawie nr IT-96-21-T, *Prosecutor v. Delalić and Others*, pkt 454; wyrok z 22 lutego 2001 r. w sprawie nr IT-96-23-T & IT-96-23/1, *Prosecutor v. Kunarac*, pkt 466.

Podobnie ETPC, odwołując się do różnych źródeł, poczynając od powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, m.in. także wyroku MTKJ w sprawie *Furundžija*, wyroku brytyjskiej Izby Lordów w sprawie *Pinocheta*, potwierdził w sprawie *Al-Adsani*, że „zakaz tortur uzyskał status normy peremptoryjnej prawa międzynarodowego”¹⁸³.

Orzekając w 2006 r. w sprawie dotyczącej m.in. zaniechania przez Peru ścigania zbrodni popełnionych przez armię peruwiańską w 1992 r. na profesora i dziewięciu studentach Uniwersytetu w La Cantuta (*La Cantuta v. Peru*¹⁸⁴) MTPC uznał, w odniesieniu do okoliczności sprawy, że ma do czynienia ze zbrodnią przeciwko ludzkości, a zatem działania ówczesnych władz peruwiańskich naruszyły normy peremptoryjne prawa międzynarodowego. Z ogólnego zobowiązania zawartego w art. 1 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. do zapewnienia przestrzegania praw człowieka, Trybunał wywiódł obowiązek państw-stron ścigania zbrodni przeciwko ludzkości i karania ich sprawców. W świetle natury i powagi wydarzeń, a co więcej, ponieważ kontekst tej sprawy świadczy o systematycznym naruszaniu praw człowieka, potrzeba zwalczania bezkarności jawi się dla społeczności międzynarodowej jako obowiązek współpracy państw w tym celu. Dostęp do sądu stanowi normę peremptoryjną i jako taki rodzi zobowiązanie państw *erga omnes* przyjęcia wszelkich środków, jakie są niezbędne w celu zapobieżenia aby takie naruszenia nie pozostawały bezkarne, czy to przez wykonywanie władzy sądowej zgodnie z prawem krajowym i międzynarodowym, do osądzenia i ewentualnie ukarania odpowiedzialnych za takie wydarzenia, lub współpracując w tym celu z innymi państwami¹⁸⁵.

W opinii doradczej *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants* MTPC, uznał zasadę równości wobec prawa i niedyskryminacji za normy o charakterze *ius cogens* rodzące zobowiązania do ochrony o skutku *erga omnes*¹⁸⁶. Wiążą one wszystkie państwa i skutkują w stosunku do stron trzecich, włączając w to jednostki¹⁸⁷. Nie jest przy tym istotne, że nie stanowią praw absolutnych, tzn. że mogą być ograniczane.

Podobnie szerokie rozumienie norm peremptoryjnych odzwierciedla wyrok Sądu Pierwszej Instancji Unii Europejskiej z 21 września 2005 r. w sprawie T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie i Komisji*¹⁸⁸, w którym Sąd przyjął, że jest uprawniony do sprawowania incydentalnej kontroli zgodności spornych rezolucji Rady Bezpieczeństwa z normami o charakterze *ius cogens*, „stanowiącymi element międzynarodowego porządku prawnego, bezwzględnie wiążącymi wszystkie podmioty prawa międzynarodowego, w tym organy ONZ, i nie dopuszczającymi żadnych odstępstw”, w szczególności normami imperatywnymi mają-

¹⁸³ Wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 35763/97, *Al-Adsani v. UK*, pkt 61. Trybunał odrzucił jednak argumenty skarżącego, że zakaz tortur jako norma o charakterze *ius cogens* ma pierwszeństwo przed normami traktatowymi i innymi normami prawa międzynarodowego, zwłaszcza dotyczącymi immunitetu państwa.

¹⁸⁴ Wyrok MTPC z 29 listopada 2006 r. w sprawie *La Cantuta v. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), w sprawie tej Trybunał uznał m.in., że „the prohibition against the forced disappearance of people and the corresponding duty to investigate and punish those responsible has become *jus cogens*” (pkt 157).

¹⁸⁵ *Ibidem*, pkt 160.

¹⁸⁶ Opinia (przypis 79), pkt. 97-101.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pkt 110.

¹⁸⁸ Wyrok TSUE (Sądu) z 21 września 2005 r. w sprawie T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie i Komisji*, pkt 226. Podobnie wyrok TSUE z 3 grudnia 2009 r. w sprawach połączonych C-399/06 P i C-403/06 P *Hassan i Ayadi przeciwko Radzie i Komisji*, pkt. 69 i 70.

cymi na celu powszechną ochronę praw człowieka. Za sprzeczne z *ius cogens* Sąd uznał samowolne pozbawienie prawa własności¹⁸⁹ oraz niektóre naruszenia prawa do skutecznej ochrony sądowej (bez sprecyzowania)¹⁹⁰.

MTS początkowo unikał wypowiedziania się w kwestii norm o charakterze *ius cogens*. W sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project* skonfrontowany został z argumentem Węgier dotyczącym pojawienia się nowych wymogów dotyczących ochrony środowiska naturalnego (norm peremptoryjnych), które nakazywały im uznać Traktat ze Słowacją z 1977 r. dotyczący m.in. budowy tamy na Dunaju za wygasły. W wyroku z 1997 r. Trybunał jedynie zauważył, że żadna ze stron nie kwestionowała, że powstały nowe normy peremptoryjne prawa ochrony środowiska i stąd nie musi wypowiadać się w kwestii zakresu art. 64 Konwencji o prawie traktatów.¹⁹¹ Trybunał dodał, że te nowe normy są istotne dla implementacji Traktatu, oraz że łatwo mogą i powinny być inkorporowane przez strony do jego treści. Trybunał przypomniał w tym miejscu, że miał ostatnio okazję podkreślić ogromne znaczenie poszanowania środowiska dla państw i dla całej ludzkości. Przytoczył w tym celu fragment swojej opinii w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej z 1996 r., w którym podkreślił, że prawo to należy do „korpusu prawa międzynarodowego dotyczącego środowiska”¹⁹².

W opinii doradczej w sprawie w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej MTS nie zastosował koncepcji *ius cogens*¹⁹³, w odniesieniu do norm prawa humanitarnego stwierdził jedynie, że charakterystyka norm jako *ius cogens* wiąże się z charakterem prawnym normy (*(t)he question whether a norm is part of the jus cogens relates to the legal character of the norm*), oraz że wiele norm stosowanego do konfliktów zbrojnych prawa humanitarnego ma charakter podstawowy, muszą być przestrzegane przez wszystkie państwa, niezależnie czy ratyfikowały one Konwencje genewskie z 1949 r., ponieważ stanowią *intransgressible principles of international customary law*¹⁹⁴.

Wypowiedź MTS w wyroku z 2006 r. w sprawie *Armed Activities on the Territory of Congo* jest także wstrzemięźliwa. Trybunał nie wyklucza istnienia norm o charakterze *ius cogens* (wypowiedź koncentruje jednak tylko wokół skutku *erga omnes* norm prawa międzynarodowego, uznaje zakaz ludobójstwa za normę skuteczną *erga omnes*, w żadnym miejscu wyroku nie ma wyraźnego wskazania, że zakaz ludobójstwa jest normą *ius cogens*), nie daje im jednak żadnego pierwszeństwa wobec norm określających jurysdykcję Trybunału czy też prawa

¹⁸⁹ *Kadi* (przypis 188), pkt 242.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pkt. 282-290. Wyrok Sądu został uchylony wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z 3 września 2008 r. w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi oraz Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie*. Trybunał stwierdził nieważność z powodu niezgodności z prawami podstawowymi Unii rozporządzenia nr 881/2002, w części dotyczącej skarżącego. Trybunał uznał przy tym za zbędne wypowiedzianie się w kwestii norm peremptoryjnych. Jest jednak istotne, że w postępowaniu przed Trybunałem interwenienci procesowi: Republika Francuska, Królestwo Niderlandów, Zjednoczone Królestwo, a także Komisja uważali, że Sąd naruszył prawo, orzekając, że prawa podstawowe, których kwestię poruszano w tych sprawach, wchodzą w zakres *ius cogens*. Wyjaśnili, że daną normę można w ich opinii zakwalifikować jako *ius cogens* „jedynie wówczas, gdy nie dopuszcza ona żadnych odstępstw. Natomiast prawa, na które powołano się w niniejszej sprawie, tj. prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do poszanowania własności, są przedmiotem ograniczeń i wyjątków” (pkt. 265-266).

¹⁹¹ Wyrok (przypis 51), pkt. 111-112.

¹⁹² Opinia (przypis 17), pkt 29.

¹⁹³ *Ibidem*, pkt 83.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pkt 79.

złożenia zastrzeżeń do umowy międzynarodowej takiej jak Konwencja genewska z 1948 r. w sprawie ścigania i karania zbrodni ludobójstwa¹⁹⁵.

Dopiero w 2012 r. w sprawie *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* MTS stwierdza wyraźnie, że zakaz tortur stanowi część powszechnego prawa zwyczajowego oraz normę o charakterze *ius cogens*, opartą na szerokiej praktyce międzynarodowej, pojawiającą się w wielu instrumentach międzynarodowych o powszechnym zasięgu¹⁹⁶. Z tego faktu nie wynika jednak nic co by przeczyło zobowiązaniom stron wynikającym z Konwencji w sprawie zakazu tortur z 1984 r., która stanowiła podstawę jurysdykcji MTS w tej sprawie. Obowiązek ścigania sprawców aktów tortur określony w Konwencji stosuje się jedynie do faktów mających miejsce po wejściu w życie Konwencji¹⁹⁷. Trybunał konkluduje przeto, że zobowiązanie Senegalu do ścigania sprawców oparte na art. 7 ust. 1 Konwencji nie ma zastosowania do czynów popełnionych zanim Konwencja weszła w życie w stosunku do Senegalu 26 czerwca 1987 r.¹⁹⁸.

W 2012 r. MTS wydał jeszcze jeden wyrok dotyczący tym razem relacji między immunitetem państwa a normami o charakterze *ius cogens*¹⁹⁹, a zatem także kwestii jurysdykcji Trybunału. Jeden z argumentów Włoch w tym postępowaniu oparty był na istnieniu konfliktu między normami peremptoryjnymi (normami prawa konfliktów zbrojnych zakazujących zabijania ludności cywilnej, deportacji ludności cywilnej i więźniów wojennych itp.) a normami prawa zwyczajowego, które wymagają przyznania państwu immunitetu w odniesieniu do działań jego sił zbrojnych. Włochy uważały, że norma o charakterze *ius cogens* powinna przeważać w odniesieniu do normy dotyczącej immunitetu państwa. Trybunał zaprzeczył aby istniał jakikolwiek konflikt między normami, działając one bowiem w różnych sferach, jedne dotyczą prawa materialnego (prawa konfliktów zbrojnych), drugie, normy dotyczące immunitetu, mają charakter proceduralny. Tym samym norma o charakterze *ius cogens* nie może uchylić reguły jurysdykcyjnej²⁰⁰.

Podobnie Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach *Al-Adsani*²⁰¹ oraz *Kalogeropoulou*²⁰² uznał istnienie norm o charakterze *ius cogens*, ale nie przyznał im pierwszeństwa wobec norm prawa zwyczajowego określających immunitet państwa (proceduralnych).

Powstaje zatem pytanie czy tego typu wypowiedzi sądowe mają charakter prawotwórczy? Czy stwierdzenie, że konkretna norma ma charakter peremptoryjny jest prawotwórstwem? Norma może mieć charakter *ius cogens* tylko, jeśli wiąże prawnie poprzez umowę międzynarodową lub zwyczaj. Uznanie normy przez sądy za normę *ius cogens* służy najczę-

¹⁹⁵ Wyrok MTS z 3 lutego 2006 r. w sprawie *Armed Activities on the Territory of Congo* (Congo v. Ruanda), pkt. 64-66. „Finally, the Court deems it necessary to recall that the mere fact that rights and obligations erga omnes or peremptory norms of general international law (*jus cogens*) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties (...).” (pkt 125).

¹⁹⁶ Wyrok MTS w sprawie *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012 r., pkt 99.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pkt 100.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pkt. 99-102.

¹⁹⁹ Wyrok MTS w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State* (przypis 53), pkt. 92-97.

²⁰⁰ *Ibidem*, pkt 95.

²⁰¹ Wyrok (przypis 180), pkt 61.

²⁰² Decyzja ETPC z 12 grudnia 2002 r. w sprawie nr 59021/00, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*.

ściej do dokonania wyboru w przypadku konfliktu norm²⁰³. W cytowanym wyżej wyroku w sprawie działań zbrojnych na terytorium Konga MTS musiał rozstrzygnąć czy charakter normy skutecznej *erga omnes* lub *ius cogens* przeważa w stosunku do normy określającej na zasadzie zgody jurysdykcję Trybunału lub normy dopuszczającej możliwość składania zastrzeżeń do umowy zgodnych z jej przedmiotem i celem. ETPC musiał np. zdecydować czy EKPC uchyla normy prawa zwyczajowego dotyczące immunitetu państwa (w wyroku Trybunał strasburski badał czy istnieje norma prawa zwyczajowego wykluczająca immunitet jurysdykcyjny państwa w przypadku postępowania cywilnego) czy też immunitet jurysdykcyjny ma zastosowanie nawet wtedy, gdy państwu zarzucane jest naruszenie norm o charakterze *ius cogens* (zakaz tortur, *Al-Adsani*), TSUE – konflikt między zobowiązaniami – między art. 103 KNZ a ochroną praw podstawowych UE (*Kadi* 2005).

Wypowiedzi sądów w tych sprawach są wypowiedziami o wartościach i mają charakter walidacyjny. Konstrukcja norm peremptoryjnych potrzebna jest sądom po to, aby podkreślić wartości chronione normami, o które chodzi w konkretnej sprawie. Jednocześnie jednak sądy muszą wypowiedzieć się co do konsekwencji prawnych norm peremptoryjnych. Jeśliby uznać, że wypowiedzi o charakterze walidacyjnym należą do sfery prawotwórczej, to trzeba dojść do wniosku, że sądy tworzą takimi wypowiedziami prawo (nawet jeśli przypisane normom peremptoryjnym skutki są słabe, nie przeważają nad normą jurysdykcyjną, zastrzeżeniami itp.). Jeśli z kolei przyjąć, że zadaniem sądów jest tylko interpretacja i stosowanie prawa, a nie jego tworzenie, trzeba by dojść do wniosku, że wypowiedzi tego typu są wypowiedziami *ultra vires*. D. Shelton słusznie zauważa, że sądy często muszą równoważyć lub godzić ze sobą sprzeczne lub konkurujące normy prawne, w tym celu odwołują się do wartości²⁰⁴. Wypowiedzi te są niejako wpisane w funkcję sądową, a zatem i w tym sensie działalność sądów ma z założenia charakter prawotwórczy. Nie zmienia to jednak wcześniejszych konkluzji, decyzje sądowe, w tym wypowiedzi *obiter dicta* są tylko źródłami pośrednimi i jako takie podlegają procesowi weryfikacji. Omawiany przykład pokazuje także jak decyzje jednych sądów mogą wpływać na inne. Początkowo niechętny konstrukcji MTS zmienił zdanie i to nie tylko na skutek zmiany sędziego francuskiego w Trybunale. Tego typu interakcje stanowią istotny element procesu prawotwórczego²⁰⁵.

10. Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych

10.1. Akceptowalność czy legitymizowanie decyzji sądów międzynarodowych?

Niektóre wyroki sądów międzynarodowych mogą być uważane za wykraczające poza ramy dopuszczalnej interpretacji prawa, wręcz kwalifikowane jako wypowiedzi *ultra vires*. Niekiedy sądy krytykowane są za to, że prawa nie rozwijają. Pojawiają się zatem takie określenia jak aktywizm lub wstrzemięźliwość sędziowska. Ostatnio doktryna poświęcała tym zjawiskom

²⁰³ Zob. interesujące uwagi na temat roli sędziów w przypadku konfliktu norm M. Milanović, *A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, *Journal of Conflict and Security Law* 2009, vol. 14, nr 3, s. 459-483.

²⁰⁴ D. Shelton (przypis 2), s. 7.

²⁰⁵ Por. C. Mik, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, *Polish Yearbook of International Law* 2013, s. 92-93.

sporo uwagi. Nas interesują tu granice, do jakich mogą posunąć się sędziowie w tworzeniu czy rozwijaniu prawa.

Ponieważ głównym celem sądów jest zapewnienie swoim wyrokom wykonalności, w naturalny sposób pierwszoplanowym ograniczeniem prawotwórczej roli sądów międzynarodowych jest ich akceptowalność przez innych uczestników stosunków międzynarodowych, w pierwszej kolejności przez państwa, które sąd ustanowiły. Prawo międzynarodowe wciąż nie dysponuje zorganizowanym aparatem przymusu na wzór prawa krajowego. Wykonalność wyroku w dużej mierze zależy niejako od jego cech wewnętrznych, od siły perswazyjnej, osadzonego w prawie i dobrze umotywowanego uzasadnienia, rodzaju i wagi problemu, który rozwiązuje i konieczności jego rozwiązania w jeden czy drugi sposób.

Z drugiej strony, powstaje potrzeba uzasadnienia i usprawiedliwienia dla prawotwórczej działalności sądów. W związku z tym podnoszony jest od dawna problem demokratycznej legitymacji sądów. Pojawił się on najpierw w odniesieniu do sądów krajowych i do alokacji władzy między tradycyjnymi jej gałęziami (rząd, parlament). Debatę zapoczątkowała słynna decyzja Sądu Najwyższego USA z 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*²⁰⁶, w której sędzia John Marshall twórczo rozwinął prawo amerykańskie, uznał bowiem prawo sądu do unieważnienia ustawy, która zdaniem sędziów jest sprzeczna z wyższym prawem Stanów Zjednoczonych, z konstytucją.

Deбата wiele lat później z prawa konstytucyjnego przeniosła się do prawa międzynarodowego²⁰⁷. Ponieważ sędziowie nie są wybierani w wyborach powszechnych, a ich decyzje mogą wywoływać daleko idące konsekwencje polityczno-prawne, które nie jest łatwo odwrócić nawet parlamentom krajowym, ich demokratyczna legitymacja stała się kwestią krytyczną. Dyskusja dotyczy i pojęcia legitymacji i kryteriów legitymizowania działalności sądów.

W latach 90. T. Franck podkreślał, że sądy mogą domagać się wykonania swoich orzeczeń tylko, gdy są one legitymowane, gdy posiadają legitymację (*legitimacy*), którą zdefiniował jako właściwość normy lub instytucji tworzącej prawo, która sama w sobie wywiera wpływ na przestrzeganie przez tych, do których jest normatywnie skierowana (*a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively*)²⁰⁸. Franck proponuje weryfikowanie legitymacji w odniesieniu do kilku wskaźników tj.: określoności normy (*determinacy*), jej jasności i precyzyjności – niejasność normy może spowodować jej nieakceptowalność; symbolicznej walidacji (*symbolic validation*) – przez co rozumie sposób zakomunikowania nie tyle treści, co autorytetu normy; spójności (*coherence*) oraz przestrzegania normatywnej hierarchii (*adherence to a normative hierarchy*)²⁰⁹.

²⁰⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA z 24 lutego 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²⁰⁷ Zob. A. von Staden, *The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*, Jean Monnet Working Paper 10/11, s. 6 i n. Autor cytuję bogatą literaturę.

²⁰⁸ T. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford 1990, s.16: „The Tribunals therefore can only demand compliance because they have the quality of legitimacy.” W artykule *Legitimacy in the International System* (American Journal of International Law 1988, vol. 82, s. 706) Franck definiuje *legitimacy* jako „quality of a rule which derives from a perception on the part of those to whom it is addressed that it has come into being in accordance with right process.”

²⁰⁹ T. Franck, *Legitimacy* (przypis 208), s. 712.

Im silniejsze są te przymioty norm, tym większy wpływ wywierają na państwa i tym bardziej są one skłonne ich przestrzegać. Nawet jednak spełnienie tych kryteriów nie stanowi gwarancji. Na przestrzeganie normy czy decyzji sądowej ma bowiem wpływ szereg innych czynników, także natury politycznej.

T. Treves wskazuje na wiele możliwych podejść do legitymizacji decyzji sądowych, przy czym wyraźnie odróżnia legalność od legitymowania (*legality* i *legitimacy*). Określenie „legitymowane/uprawnione orzeczenie”, w odróżnieniu od określenia „legalne” oznacza orzeczenie, które oparte jest na innych wartościach niż zgodność z prawem. Wartości te obejmują zasady moralne takie jak np. poszanowanie życia ludzkiego lub godności²¹⁰. „Legitymowanie” i w tym ujęciu wskazuje na proces, w którym następuje zaakceptowanie decyzji sądowej (legitymizowanie). Treves dostrzega, że w przypadku decyzji sądów międzynarodowych legitymizowanie dotyczy także decyzji legalnych. Zakłada zatem, że mogą istnieć decyzje legalne, którym brak legitymizacji i nielegalne lecz legitymizowane. Z Trevesem polemizuje R. Müllerson (upraszczając, odrzuca możliwość legitymizowania nielegalnych norm, norma z definicji jest legalna). Nie wnikając jednak głębiej w tę polemikę zauważmy, że on także ujmuje legitymizację jako element dynamiczny. Odróżnia on legitymizację od zgodności z prawem (*lawfulness*). Legitymizacja jest pojęciem szerszym, ponieważ obejmuje legalność, zgodność z prawem norm, instytucji, sytuacji oraz zachowanie różnych aktorów. Zgodność z prawem/legalność jest normalnie najważniejszym elementem lub aspektem legitymizacji. Legitymizacja jest jednak czymś więcej, obejmuje także moralność lub poczucie słuszności lub sprawiedliwości²¹¹.

W obszernym studium poświęconym temu tematowi A. von Bogdandy i I. Venzke podkreślają, że działalność orzecznicza sądów jest wykonywaniem władzy publicznej i jako taka wymaga legitymacji demokratycznej, przekonującego uzasadnienia w świetle zasady demokracji²¹². Przy czym wykonywanie władzy publicznej rozumieją oni jako zdolność prawną wpływania na innych w korzystaniu przez nich z ich wolności, m.in. kształtowanie sytuacji prawnej lub faktycznej innych podmiotów. Demokratyczne uzasadnienie jest niezbędne dla wykonywania jakiegokolwiek władzy publicznej. Dalej analizują oni niejako trzy podstawowe elementy działalności orzeczniczej: argumentację (*reasoning*), instytucję (*institution*), procedurę (*procedure*) i badają jak sądowe tworzenie prawa może być połączone z wartościami, interesami i opiniami tych, do których jest adresowane.

Analizy dotyczące legitymizacji decyzji sądowych w zasadzie wskazują podobne elementy, nadając im ewentualnie inne nazwy. Podkreślają zarówno znaczenie tych wszystkich elementów, które decydują o sile perswazyjnej wyroku, m.in. oparcie na prawie, zastosowanie

²¹⁰ T. Treves, *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals*, (w:) R. Wolfrum, V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin Heidelberg New York 2008, s. 169.

²¹¹ R. Müllerson, *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals: Comments*, (w:) R. Wolfrum, V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin Heidelberg New York 2008, s. 191.

²¹² A. von Bogdandy, I. Venzke, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, *German Law Journal* 2011, vol. 12, nr 5, s. 1343. Artykuł jest częścią większej pracy zbiorowej, której elementy opublikowane zostały w tym samym wydaniu GLJ oraz w książce *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer 2012. Zob. tamże opracowania innych autorów.

reguł interpretacji zgodnych z Konwencją wiedeńską o prawie traktatów, przekonująca argumentacja, odniesienie do wartości, znaczenie przestrzegania procedury, a także wskazują wiele cech instytucjonalnych sądów międzynarodowych, które mogą wpływać na ich legitymizację, zarówno z perspektywy teorii normatywnej jak i z perspektywy subiektywnego odczucia, np. sposób utworzenia sądu i powoływania sędziów, prawa dostępu do sądu i transparentność, brak stronniczości²¹³.

Stwierdziliśmy wyżej, że granicą prawotwórczej działalności sądów międzynarodowych jest ich akceptowalność. Natomiast o akceptowalności decyzji decyduje ich demokratyczna legitymacja. Można zatem utożsamić pojęcia akceptowalności decyzji z jej legitymizowaniem, które w istocie przecież polega na jej sankcjonowaniu. Dla celów wskazania granic prawotwórczej roli sądów lepiej jest jednak mówić o akceptowalności decyzji. Na akceptowalność decyzji, czy ściślej norm artykułowanych w orzeczeniach, ma wpływ wiele czynników różnej natury i o różnej wadze. Zbadamy niektóre z nich w oparciu o trzy kryteria: legalności, procedury i instytucjonalne.

10.1.1. Kryterium legalności

Kryterium legalności decyzji stanowi kryterium o charakterze podstawowym. Wielokrotnie przywoływaliśmy wypowiedzi wybitnych prawników, sędziów, sądów, które jednoznacznie wskazują na konieczność oparcia decyzji sądowej na prawie, zarówno pod względem materialnym jak i formalnym, i zamknięcie jej w granicach dopuszczalnej interpretacji prawa dotyczącego jurysdykcji sądu, i prawa mającego materialnie zastosowanie w konkretnej sprawie. Jest również kwestią oczywistą profesjonalność i jakość uzasadnienia decyzji sądowej.

Z tego punktu widzenia interesujące jest orzeczenie niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*dalej* FSK) z 6 lipca 2010 r.²¹⁴, dotyczące skargi konstytucyjnej, w której pojawił się argument, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczeniem w sprawie C-144/04 *Mangold*²¹⁵ przekroczył granice dopuszczalnej interpretacji prawa Unii i rozwinął prawo Unii w sposób, który nie jest już zgodny z kompetencjami Unii. Orzeczenie FSK dotyczy prawa Unii, ale stwierdzenia Trybunału wydają się na tyle ogólne, że można je odnieść do powszechnego prawa międzynarodowego.

Po pierwsze trzeba podkreślić, że FSK uznał rozwijanie prawa przez sądy za rzecz naturalną, stanowi ono część kompetencji sądów ponadnarodowych, a zatem także i międzynarodowych. Doskonalenie prawa przez metodycznie powiązane ze sobą orzecznictwo nie jest zabronione²¹⁶. Co więcej, sądowe tworzenie prawa jest, zdaniem FSK, w szczególności

²¹³ Por. T. Treves (przypis 210), s. 171 i n.

²¹⁴ Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06. Por. A. von Bogdandy, I. Venzke (przypis 209), s. 1341 i n.

²¹⁵ Wyrok TSUE z 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 *Mangold*, podobnie wyroki TSUE z 16 października 2007 r. w sprawie C-411/05 *Palacios de la Villa*; z 23 września 2008 r. C-427/06 *Bartsch*; z 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 *Kücükdeveci*.

²¹⁶ Wyrok (przypis 214) pkt 62: „The mandate to uphold the law in the interpretation and application of the Treaties (Article 19.1 (1) sentence 2 TEU) does not restrict the Court of Justice to acting as a guardian over compliance with the provisions of the Treaties. The Court of Justice is also not precluded from refining the law by means of methodically bound case-law. The Federal Constitutional Court always explicitly recognised this power (see BVerfGE 75, 223 <242-243>; BVerfGE 123, 267 <351-352>). It is in particular not opposed by the principle of conferral and the structure of the asso-

uprawnione w celu wypełnienia „programu” wyznaczonego przez traktat, wypełnienia luk w prawie, wyjaśnienia istniejącej sprzeczności lub uwzględnienia szczególnych okoliczności konkretnego przypadku.

Dalsze rozwijanie prawa nie jest jednak prawotwórstwem, które korzysta z politycznej swobody, lecz musi być zgodne z „instrukcjami” określonymi w ustawach lub prawie międzynarodowym. Stanowią one jego podstawy i granice.

Działalność prawotwórcza wykracza poza te granice, zdaniem FSK, jeśli sąd międzynarodowy zmienia to co jasno wynika z tekstu lub gdy tworzy nowe prawa lub zobowiązania bez wystarczającego uzasadnienia w odpowiednim prawie pozytywnym. Tworzenie prawa przez sędziów jest w szczególności niedopuszczalne, gdy sąd dokonuje fundamentalnych wyborów politycznych lub gdy jego orzecznictwo powoduje w efekcie zmiany strukturalne w równowadze władzy²¹⁷.

W orzeczeniu FSK potwierdził zarówno wymóg legalności, jak i wskazał być może nie wszystkie, ale za to najbardziej istotne granice, poza którymi tworzenie prawa przez sądy międzynarodowe może stać się działalnością *ultra vires*. Szczególnie istotnym stwierdzeniem Trybunału wydaje się uwaga, że tworzenie prawa przez sądy nie korzysta z politycznej swobody.

10.1.2. Kryterium procedury

Pod względem zgodności decyzji sądowej z procedurą można formułować wiele postulatów, z pewnością wszystkich nie wyliczymy. Aby decyzja sądowa mogła odegrać rolę w procesie prawotwórczym nie powinna być obciążona wadami proceduralnymi, powinna należycie uwzględniać procedury²¹⁸, statut sądu, a także warunki umowy międzynarodowej, na podstawie której sądy działają i na podstawie której sprawa została wniesiona.

Pojęcie procedury można rozumieć szeroko. Tak np. F. M. Palombino zalicza do kanonów procedury międzynarodowej ekonomikę procesową (*judicial economy*), którą muszą się kierować sędziowie żeby wypełnić swoją podstawową rolę. Zgodnie z nią sędziowie muszą wybierać te wątki przedstawione przez strony, które są konieczne do rozstrzygnięcia przez nich sporu, a pomijać nieistotne (*non ultra petita*), do tego celu uwzględniać tzw. kryterium sę-

ciation of sovereign states (Staatenverbund) constituted by the Union. Rather, the further development of the law – carried out within the boundaries imposed on it – can particularly also contribute in the supranational association to a delimitation of competences which does justice to the fundamental responsibility of the Member States with regard to the Treaties as against the regulatory powers of the Union legislature.”

²¹⁷ „Further development of the law is however not legislation with political latitude, but follows the instructions set out in statutes or international law. This is where it finds its foundations and its limits. There is particular reason for further development of the law by judges where programmes are fleshed out, gaps are closed, contradictions of evaluation are resolved or account is taken of the special circumstances of the individual case. Further development of the law transgresses these boundaries if it changes clearly recognisable statutory decisions which may even be explicitly documented in the wording (of the Treaties), or creates new provisions without sufficient connection to legislative statements. This is above all not permissible where case-law makes fundamental policy decisions over and above individual cases or as a result of the further development of the law causes structural shifts to occur in the system of the sharing of constitutional power and influence.” *Ibidem*, pkt 64.

²¹⁸ Zob. np. G. Biehler, *Procedures in International Law*, Berlin Heidelberg 2008, s. 273 i n.

dziowskiego ograniczania zakresu decyzji (kryterium absorpcji). Autor zauważa, że sądy międzynarodowe coraz częściej stosują ekonomikę procesową, może ona być czasami, jego zdaniem, wyrazem aktywizmu sędziowskiego. Sędziowie mogą jednak źle stosować kryterium absorpcji, co prowadzić może do późniejszej zmiany decyzji lub nawet jej niewykonania.

Do wielu przykładów opisywanych przez Palombino można dodać wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms*²¹⁹, w którym Trybunał odrzucił roszczenia Iranu stwierdzając, że USA nie naruszyły art. XX Traktatu o przyjaźni, żegludze i handlu. Zanim jednak Trybunał doszedł do tej konkluzji zbadał dokładnie legalność działań USA polegających na zniszczeniu kilku irańskich platform wiertniczych w latach 80.²²⁰. Nie było to potrzebne do rozstrzygnięcia sporu²²¹. Trybunał wyraźnie wykorzystał sposobność dla potwierdzenia swojego stanowiska w kwestii użycia siły i prawa do samoobrony. W rezultacie stwierdził, że Iran ma roszczenie, ale Trybunał nie ma co do niego jurysdykcji.

Trybunał był krytykowany za to, że wykroczył poza swoje zadanie jedynie rozstrzygnięcia sporu. Świadomy tego problemu, podkreślił, że ma prawo wyboru porządku, w jakim będzie rozstrzygał sprawę i argumentował, że skoro art. XX Traktatu musi być interpretowany w świetle powszechnego prawa międzynarodowego, zajmie się najpierw tymi kwestiami. Przyjmując to podejście Trybunał świadomie uznał swój obowiązek wyjaśnienia i rozwinięcia prawa międzynarodowego. Co prawda, w odniesieniu do najważniejszej kwestii, MTS potwierdził zaledwie swoje stanowisko wyrażone w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (stąd krytykowano jego wstrzemięźliwość). Co do prawa do samoobrony, MTS wyjaśnił dwie kwestie, że ciężar dowodu spoczywa na państwie powołującym się na prawo do samoobrony, a prawo to jest ograniczone przez zasady konieczności i proporcjonalności.

Inną wadą wyroku może być słabe udokumentowanie. Truizmem wydaje się stwierdzenie, że każdy sąd międzynarodowy musi dobrze zbadać fakty, zebrać wszelkie możliwe dowody, aby na ich podstawie móc rozstrzygnąć spór. W opinii doradczej dotyczącej *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* MTS podkreślił, że sąd musi mieć przed sobą „wystarczające informacje i dowody, które umożliwią mu dojście do konkluzji”²²².

²¹⁹ Wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003.

²²⁰ Kooijmans zauważa, że MTS w ostatnich latach był najczęściej wstrzemięźliwy. Natomiast w tej sprawie, w przypiętywie niestosownego aktywizmu (*misplaced activism*), zdecydował dać tej kwestii pierwszoplanowe miejsce. Pierwszy raz *obiter dictum* znalazło się w operatywnej części wyroku. Nie wniosło ono jednak żadnego nowego elementu do tradycyjnej interpretacji zakazu użycia siły. P. Kooijmans, *The ICJ in 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Policy*, International and Comparative Law Quarterly 2007, vol. 56, s. 752. Zob też J. Kranz (przypis 166), s. 188-190.

²²¹ Zwracały na to uwagę opinie odrębne sędziów, do wyroku opinie odrębne złożyło aż siedmiu sędziów. Sędzia Higgins – zarzuciła MTS niepoprawną interpretację przepisów, a w zasadzie użycie interpretacji w celu wykluczenia ich zastosowania (pkt 49 opinii), sędzia Buergenthal podobnie. Sędzia Simma z kolei zarzucił MTS zbytnią wstrzemięźliwość.

²²² Opinia (przypis 89), pkt 56, cytat pochodzi w zasadzie z powołanej w sprawie opinii doradczej MTS w sprawie *Western Sahara* (ICJ Reports, 1975, pkt 46): "whether the Court has before it sufficient information and evidence to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character". W tej sprawie zarówno sędzia Buergenthal (pkt 46 opinii odrębnej) jak i sędzia Higgins (pkt 40 opinii odrębnej) zarzucili Trybunałowi wybiórcze postępowanie się faktami

Sporne fakty, niedostatecznie ustalone zmniejszają znaczenie decyzji (może nie odegrać roli prawotwórczej), choć nie jest to przesądzające. Tak np. sprawa Nikaragui odgrywa znaczącą rolę w orzecznictwie Trybunału, jest wielokrotnie cytowana przez sam Trybunał, inne sądy i doktrynę, choć Trybunał ustalał fakty w oparciu o dowody przedstawione tylko przez jedną stronę (USA wycofały się z postępowania)²²³.

Z kolei, gdy chodzi o cytowaną wyżej opinię doradczą MTS w sprawie muru na okupowanym terytorium palestyńskim została ona odrzucona i skrytykowana w 2005 r. przez Sąd Najwyższy Izraela, m.in. właśnie z powodu niedostatecznego zbadania faktów przez MTS, a także nieuwzględnienia orzeczenia sądu izraelskiego²²⁴. MTS oparł się na raportach Sekretarza Generalnego dla ZO ONZ, raportach Specjalnych Sprawozdawców J. Dugarda i J. Zeiglera, natomiast – jak zauważył Sąd Najwyższy – sąd izraelski dysponował danymi dostarczonymi przez palestyńskich skarżących i państwo.

Sąd Najwyższy uznał, że opinia MTS nie wiąże ani Izraela, ani Sądu Najwyższego. Państwo ma pełen tytuł do tego aby bronić siebie i swoich obywateli, nawet na terytoriach okupowanych, nie może jednak zbudować muru w celu anektowania terytorium. Rząd Izraela musi znaleźć alternatywną drogę by zmniejszyć negatywny wpływ na ludność palestyńską. Konkluzja Sądu Najwyższego jest bez wątpienia inna niż MTS.

W sprawie *LaGrand*, w związku z przeciągającymi się postępowaniami karnymi i w Niemczech i USA, Niemcy złożyły bardzo późno wniosek o wskazanie środków tymczasowych, bo dopiero 2 marca 1999 r. Egzekucja na Walterze LaGrand miała być wykonana następnego dnia. W tej sytuacji MTS rozpatrzył wniosek bez wysłuchania stron, USA składały zastrzeżenia wobec tej procedury. MTS zasądził środki tymczasowe. Decyzja MTS była krytykowana z powodu pośpiechu, w jakim była podejmowana, niewysłuchania obydwu stron sporu, to osłabiło decyzję. Sędzia Schwebel w opinii odrębnej ostro skrytykował Trybunał, stwierdzając, że postanowienie o środkach tymczasowych stanowi w krytyczny sposób odstępstwo od podstawowych zasad procesu sądowego (*it departs in critical measure from a basic rule of judicial process*). Środek tymczasowy nie był wykonany przez USA, główny prokurator amerykański twierdził przed Sądem Najwyższym, że zarządzenie MTS nie jest prawnie wiążące i nie może zostać wykonane, zwłaszcza że zostało wydane zaledwie na cztery godziny przed egzekucją²²⁵.

i niedostateczne ich ustalenie. Sędzia Buergenthal postawił podobny zarzut Trybunałowi także w wyroku w sprawie *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003, pkt. 33 i n.

²²³ Z tego powodu wyrok był krytykowany; art. 53 statutu MTS stanowi, że „Trybunał (...) powinien upewnić się (...), że roszczenie jest należycie uzasadnione pod względem faktycznym i prawnym.”

²²⁴ Orzekając w sprawie nr 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and Commander of the IDF Forces in the West Bank* (wyrok z 30 czerwca 2004 r.), Sąd Najwyższy Izraela stwierdził, że mur postawiony przez Izrael na okupowanym terytorium Palestyny został zbudowany w celu zapewnienia bezpieczeństwa, jest zgodny z prawem, jedynie 30 km muru wymaga przemieszczenia tak by nie powodować zbytejnej dolegliwości dla ludności (MTS orzekł, że wszystkie części muru położone poza tzw. Zieloną linią – linią graniczną przed konfliktem w 1967 r. – naruszają prawo międzynarodowe, ponieważ zbudowano je na terytorium okupowanym).

²²⁵ Zob. szerzej S. Ray, *Domesticating International Obligations: How to Ensure U.S. Compliance with the Vienna Convention on Consular Relations*, California Law Review 2003, vol. 91, 1479 i n.

10.1.3. Kryterium instytucjonalne

Kryterium instytucjonalne obejmuje wiele postulatów dotyczących sądu jako instytucji, m.in. sposobu wyboru sędziów, bezstronności, niezależności. W literaturze wskazuje się na wiele możliwości usprawnienia istniejących procedur sądowych pod tym względem, a także trzeba dostrzec i zmiany zachodzące w tym zakresie (np. wydłużenie do 9 lat i ograniczenie do jednej kadencji mandatu sędziów ETPC)²²⁶.

Niekiedy bezstronność składu sędziowskiego może budzić uzasadnione wątpliwości. W sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* Izrael kwestionował apolityczność – sędziego Elaraby, który działał poprzednio jako doradca prawny rządu Egiptu i dyplomata, a na dwa miesiące przed wyborem do MTS udzielił wywiadu. MTS uznał, że sędzia nie działał nigdy w sprawie, która zawisła przed MTS, a jego wypowiedzi dla prasy nie dotyczyły problemów, które ma do rozwiązania Trybunał. Sędzia Buergenthal nie zgodził się z tym stanowiskiem, ostro skrytykował formalistyczne podejście Trybunału do art. 17 ust. 2 statutu²²⁷ odnoszące się do wymogów dotyczących sędziów, wskazując, że wywiad, którego udzielił sędzia Elaraby jako osoba prywatna na krótko przed wyborem do MTS (pytania dotyczyły okupacji Palestyny) świadczy o jego politycznym obciążeniu, co zagraża jego bezstronności²²⁸. W takiej sytuacji Trybunał powinien być szczególnie wrażliwy i nie może wąsko interpretować statutu. Art. 17 ust 2 nie może być interpretowany jako wyliczający wyczerpująco przesłanki wykluczenia sędziego, wskazuje tylko najbardziej

²²⁶ Jest obszerna literatura na temat niezależności sędziowskiej, zob. np. H. Ruiz Fabri, J.M. Sorel (red.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris 2010, G. I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford 2014, s. 126 i n.; S. Shetreet, Ch. Forsyth (red.), *The Culture of Judicial Independence: conceptual foundations and practical challenges*, Martinus Nijhoff Publishers 2012; E. Benvenisti, G.W. Downs, *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, (w:) A. von Bogdandy, I. Venzke (przypis 75), s. 99 i n.; E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization 2007, s. 669 i n., R. Mackenzie, P. Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, Harvard International Law Journal 2003, vol. 44, nr 1, s. 271 i n., E. A. Posner, J. C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, California Law Review 2005, vol. 93, nr 1, s. 1 i n., E. A. Posner, M. F. P. de Figueredo, *Is the International Court of Justice Biased?*, Journal of Legal Studies 2005, vol. 34, nr 2, s. 599 i n. „We find strong evidence that (1) judges favor the states that appoint them and that (2) judges favor states whose wealth level is close to that of their own states, and weaker evidence that (3) judges favor states whose political system is similar to that of their own states and that (4) (more weakly) judges favor states whose culture (language and religion) is similar to that of their own states. We find weak or no evidence that judges are influenced by regional and military alignments”. Posner i Yoo uważają także, że sądy międzynarodowe są najmniej efektywne gdy są niezależne. Niezależne to wg nich sądy stałe, których sędziowie mają stałe, długie kadencje, wykonujące obowiązkową jurysdykcję. Sądy te będą narzucać państwom zasady i ograniczać suwerenność, co prowadzić będzie do nieefektywności. Opinia ta jest przesadzona, pokazuje jednak ewentualne niebezpieczeństwa. Nadmierna ekspansja sądów może być ograniczana różnymi formami kontroli politycznej lub sądowej.

²²⁷ Art. 17 ust. 2 statutu MTS stanowi: Żaden z członków nie może należeć do kompletu orzekającego w sprawie, w której poprzednio występował w imieniu jednej ze stron w charakterze agenta, doradcy lub adwokata, albo był członkiem sądu narodowego lub międzynarodowego, albo komisji badań, albo w jakim bądź innym charakterze.

²²⁸ *Dissenting Opinion of Judge Buergenthal to the Order of 30 January 2004 Composition of the Court*, pkt 13: „Judicial ethics are not matters strictly of hard and fast rules – i doubt that they can ever be exhaustively defined – they are matters of perception and of sensibility to appearances that courts must continuously keep in mind to preserve their legitimacy.”

oczywiste i poważne przypadki naruszenia sędziowskiej etyki, ale jednocześnie odzwierciedla znacznie szersze koncepcje sprawiedliwości i słuszności (*justice and fairness*), niż te które MTS wydaje się uznawać.

Sędzia Buergenthal podkreśla, że etyki sędziowskiej nie da się wyczerpująco zdefiniować, są to raczej kwestie wrażliwości i percepcji własnego wizerunku, który sądy nieustannie powinny mieć na uwadze, żeby zachować swoją legitymację²²⁹. Sądy powinny mieć absolutną swobodę rozważenia kwestii stronniczości któregokolwiek z sędziów, niezależnie czy statut to przewiduje, czy też nie. Jest ona wpisana w samą koncepcję sądu prawa zobowiązanego do sprawiedliwego i bezstronnego wymierzenia sprawiedliwości²³⁰. Uwagi sędziego Buergenthala wydają się trafne²³¹.

Inny przykład, szeroko komentowany w doktrynie, to wątpliwości co do składu sędziowskiego w procesie Milosevica przed MTKJ, w którym większość stanowili sędziowie pochodzący z państw członkowskich NATO, a także sędziów Elizabeth Odio Benito, która została wiceprezydentem Kostaryki i mimo tego dalej zasiadała w składzie sądu w sprawie dotyczącej obozu w Čelebići, oraz Florence Mumba z Zambii, która przewodniczyła składowi w sprawie *Furundžija*, a przedtem była członkiem UN Commission on the Status of Women²³². Sądy międzynarodowe powinny być szczególnie czułe w takich sytuacjach i dobierać skład sędziowski, który gwarantowałby wysoki poziom i apolityczność.

Z niezależnością sędziowską w oczywisty sposób łączy się kwestia upolitycznienia sądu.²³³ Upolitycznienie decyzji sądu niewątpliwie wpływa na jej recepcję, może osłabić autorytet sądu, zmniejszyć zaufanie do sądu itp.

MTKJ zarzuca się np. poważne obciążenie polityczne w procesie Miloszewicza²³⁴. Również niektóre decyzje MTS mogą być uważane za polityczne, np. odrzucenie skargi Gruzji przeciw-

²²⁹ *Ibidem*, pkt 10.

²³⁰ *Ibidem*, pkt 11: „A court of law must be free and, in my opinion, is required to consider whether one of its judges has expressed views or taken positions that create the impression that he will not be able to consider the issues raised in a case or advisory opinion in a fair and impartial manner, that is that he may be deemed to have prejudged one or more of the issues bearing on the subject-matter of the dispute before the court. That is what is meant by the dictum that the fair and proper administration of justice requires that justice not only be done, but that it also be seen to be done. In my view, all courts of law must be guided by this principle, whether or not their statutes or other constitutive documents expressly require them to do so. That power and obligation is implicit in the very concept of a court of law charged with the fair and impartial administration of justice. To read them out of the reach of Article 17, paragraph 2, is neither legally justified nor is it wise judicial policy.”

²³¹ Por. poglądy sędziego Lachsa dotyczące kwestii niezależności sędziów sądów międzynarodowych, sformułowane w ramach polemiki, jaka miała miejsce między amerykańskimi władzami, doktryną i prasą a sędzią Lachsem w związku ze sprawą Nikaragui (protest przeciwko *judges from Warsaw Pact Nations*): opinię odrębną sędziego Lachsa w sprawie Nikaragui, a także M. Lachs, *A few thoughts on the independence of judges of the International Court of Justice*, Columbia Journal of Transnational Law 1987, vol. 25, nr 3, s. 593 i n.; *idem*, *Some Reflections on the Nationality of Judges of the International Court of Justice*, Pace Yearbook on International Law, vol. 4, nr 1, s. 49 i n., zob. też na ten temat E. MacWhinney, *Judicial Settlement of Disputes: Jurisdiction and Justiciability*, Recueil des Cours Académie de Droit International 1990-II, 1991, s. 91 i n.

²³² M. Swart (przypis 123), s. 102 i n.

²³³ Zob. na ten temat szeroko E. Benvenisti, G.W. Downs, *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, (w:) A. von Bogdandy, I. Venzke (przypis 75), s. 99 i n.

²³⁴ M. Scharf, *The International Trial of Slobodan Milosevic: Real Justice or Realpolitik?*, ILSA Journal of International & Comparative Law 2002, vol. 8 nr 2, s. 389 i n.

ko Federacji Rosyjskiej z powodu braku jurysdykcji (pierwsza sprawa wniesiona do MTS przeciwko Rosji)²³⁵. Gruzja zarzucała Rosji dokonywanie czystek etnicznych w dwóch „zbuntowanych” prowincjach Gruzji, Południowej Osetii i Abchazji, podczas konfliktu mającego miejsce między 7 i 12 sierpnia 2008 r. Gruzja twierdziła, że władze rosyjskie oraz zorganizowane grupy separatystów, najemników kozackich i czeczeńskich, kontrolowanych przez Rosję, zamordowały w ciągu dwudziestu lat tysiące etnicznych Gruzinów, wysiedliły 300 tys. osób, w długoterminowej kampanii dyskryminacyjnej, która doprowadziła do wydarzeń w sierpniu 2008 r. Konflikt niewątpliwie dotyczył użycia przez Rosję siły niezgodnie z prawem międzynarodowym, czy naruszenia zakazu nieinterwencji w sprawy wewnętrzne innego państwa. Jedyną jednak możliwością postawienia Rosji przed Trybunałem było powołanie klauzuli sądowej zawartej w Konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r., która – na co dobitnie wskazują sędziowie, którzy złożyli opinie odrębne do wyroku – mogła w tej sprawie zostać zastosowana.

Trybunał wydał wyrok na korzyść Rosji uznając dwa zarzuty Rosji. Po pierwsze, stwierdził, że nie było sporu między stronami dotyczącego dyskryminacji rasowej w okresie od wejścia w życie Konwencji do rozpoczęcia konfliktu zbrojnego, natomiast nie uznał argumentu Rosji i stwierdził, że był spór w czasie konfliktu w sierpniu 2008 r. Po drugie, MTS opierając się na interpretacji efektywnościowej, o dziwo wąskiej, określenia – „jakikolwiek spór, który nie jest rozstrzygnięty w drodze negocjacji” (*any dispute which is not settled by negotiation*), zawartego w klauzuli sądowej – tj. w art. 22 Konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, skargę odrzucił twierdząc, że art. 22 wymaga najpierw podjęcia próby rozwiązania sporu w drodze negocjacji, czego strony nie zrobiły. Pięciu sędziów, którzy złożyli wspólną opinię odrębną przekonująco argumentowali, że MTS nie wziął odpowiednio pod uwagę wszystkich faktów w tej sprawie, nie wykazał dostatecznej elastyczności w obiektywnym stwierdzeniu istnienia sporu, oraz że art. 22 powinien przede wszystkim być interpretowany literalnie i w odwołaniu do *travaux préparatoires*²³⁶. Ponadto rozstrzygnięcie Trybunału dotyczące wymogu negocjacji przed wniesieniem sporu do MTS jest nadmiernie formalistyczne i sprzeczne z dotychczasowym orzecnictwem Trybunału²³⁷.

Podobne problemy pojawiają się w przypadku wniosków o wydanie opinii doradczych, które są często politycznie umotywowane. Kwestie poprawności sędziowskiej w tego typu sytuacjach były rozważane m.in. w opiniach w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej²³⁸ oraz w sprawie muru na okupowanym terytorium palestyńskim²³⁹.

W opinii odrębnej do opinii doradczej w sprawie muru sędzia Koojijmans wyraził poważne wątpliwości czy MTS powinien zajmować się żądaniem ZO wydania opinii doradczej w tak politycznej kwestii, czy to Trybunału nadmiernie i niepotrzebnie nie upolityczni i w ten sposób podważy jego zdolność przyczynienia się do globalnego bezpieczeństwa i poszanowania rzą-

²³⁵ Wyrok MTS w sprawie *Application of International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, ICJ Reports 2011. Na temat decyzji MTS zob. np. N. Lucak, *Georgia v. Russian Federation: A Question of the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Maryland Journal of International Law 2012, vol. 5, nr 22, s. 323 i n.

²³⁶ *Ibidem*, Joint Dissenting Opinion of President Owada, Judges Simma, Abraham and Donoghue and Judge Ad Hoc Gaja, pkt. 23, 34.

²³⁷ *Ibidem*, pkt 35.

²³⁸ Opinia (przypis 17), pkt 73.

²³⁹ Opinia (przypis 89), pkt 51.

dów prawa²⁴⁰. Opinia Trybunału, jak zauważa sędzia, niezależnie od jej treści będzie przedmiotem gorących debat politycznych, a postawione pytanie jest szczególnie istotne w sytuacji, w której USA, Rosja i UE wstrzymały się od głosowania nad rezolucją dotyczącą zwrócenia się do MTS o opinię doradczą (ES-10/14) właśnie dlatego, że w ich opinii może zakłócić proces pokojowy. Ten fakt powinien być poważnie potraktowany, ponieważ sytuacja, o którą chodzi stanowi ciągle niebezpieczeństwo dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa i źródło ogromnego ludzkiego cierpienia²⁴¹. Kooijmans ocenił, że niebezpieczeństwo polityzacji Trybunału jest rzeczywiste, i to niestety powinno wziąć wcześniej pod uwagę ZO ONZ decydując czy sprawę skierować do Trybunału. Ponieważ tego nie zrobiło, MTS stał się aktorem na scenie politycznej i tylko przez ograniczenie się ściśle do funkcji sądowej Trybunał jest zdolny zminimalizować ryzyko zmniejszenia swojej wiarygodności jako strażnika poszanowania rządów prawa (*Only by limiting itself strictly to its judicial function is the Court able to minimize the risk that its credibility in upholding the respect for the rule of law is affected*)²⁴².

Przekroczenie którejkolwiek z granic, które pobieżnie zarysowaliśmy powyżej samo przez się nie powoduje jednak, że decyzja sądowa zostanie odrzucona, nie przyjmie się, nie wywrze wpływu na rozwój prawa międzynarodowego. Może jednak powodować, że wyrok nie zostanie wykonany lub wywołać krytykę, która w efekcie doprowadzi do zmiany stanowiska sądu. Skutek bowiem orzeczeń sądów międzynarodowych zależy od ich recepcji i jest kontrolowany przez dyskurs polityczny i prawny. To nas prowadzi do opowiedzenia się za koncepcją opisującą proces prawotwórczy w prawie międzynarodowym jako rodzaj dialogu publicznego, w którym uczestniczą m.in. państwa, organizacje międzynarodowe rządowe i pozarządowe, doktryna, inne sądy międzynarodowe, a także sądy krajowe. Sędziowie muszą działać strategicznie, liczyć się z reakcją na dokonywane przez nich wybory, a zatem uwzględniać preferencje pozostałych aktorów systemu politycznego²⁴³.

10.2. Weryfikowanie decyzji sądowych

10.2.1. Krytyka na forum ciał politycznych i krytyka społeczna

Państwo, które nie jest usatysfakcjonowane wyrokiem wydanym przeciwko niemu może szukać różnych dróg politycznych artykułowania niezadowolenia z decyzji sądu, przede wszystkim na forum organizacji międzynarodowej, w ramach lub przy której działa sąd²⁴⁴. Tak np. po wyroku w sprawie Nikaragui, chociaż zgodnie z KNZ i statutem MTS państwo jest związane wyrokiem Trybunału, Stany Zjednoczone wyraziły swoje niezadowolenie na forum ONZ. Administracja Prezydenta Regana zawetowała uchwałę Rady Bezpieczeństwa ONZ wzywającą USA do podporządkowania się wyrokowi i oświadczyła, że wyroku nie wykona. Usiłowała

²⁴⁰ *Separate Opinion of Judge Kooijmans*, pkt. 19 i n.

²⁴¹ *Ibidem*, pkt 20.

²⁴² *Ibidem*, pkt 21.

²⁴³ Zob. np. V. LaGrand, *Judicial Strategies and Their Impact on the Development of the International Rule of Law*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge 2014, nr 25, s. 9 i n.; T. Ginsburg (przypis 72), s. 23 i n., *idem* (przypis 1), s. 656 i n.

²⁴⁴ Zob. F. Zarbiyev (przypis 4), s. 255 i n. Autor zauważa, że sędziowie nie działają w próżni, adresują swoje decyzje do konkretnej publiczności i są wrażliwi na jej reakcje. Interakcja między sędziami i ich interlokutorami jest istotnym parametrem analizy zachowania sędziów. Kluczowe zatem są mechanizmy "wyjścia" (*exit*) i "komunikacji" (*voice*) dostępne w ramach systemu dla tych, którzy nie są usatysfakcjonowani decyzją sędziowską (s. 255, zob. także tamże przypis 38).

również wpływać politycznie na rząd Nikaragui żeby wycofał z Trybunału wnioski o zasądzenie odszkodowania²⁴⁵.

Umowy powołujące sądy międzynarodowe często wskazują ciała monitorujące²⁴⁶ jak np. EKPC, która powierza kontrolę wykonania orzeczeń ETPC Komitetowi Ministrów Rady Europy. Komitet Ministrów, w którym zasiadają przedstawiciele wszystkich państw członkowskich jest właściwym forum dyskusowania wszelkich kwestii związanych z wykonywaniem wyroków.

Dobrym przykładem procesu, o którym tu mowa może być także protest państw stron w Radzie Ogólnej WTO w stosunku do decyzji organu odwoławczego (Appellate Body) dopuszczającej *amicus curiae*²⁴⁷. W 2001 r. organ odwoławczy w sprawie *EC-Asbestos*²⁴⁸ dotyczącej skargi Kanady na zakaz importu azbestu do Francji, dopuścił możliwość przedstawiania przed organem apelacyjnym swoich uwag (*amicus curiae*) przez organizacje pozarządowe, spółki i stowarzyszenia (otrzymał ich w sumie 17) i sformułował w tej sprawie wytyczne. Państwa członkowskie ostro zareagowały na posiedzeniu Rady Ogólnej WTO, twierdząc, że organ odwoławczy przekroczył kompetencje, a decyzja jest przejawem niedopuszczalnego tworzenia prawa. Rada usiłowała decyzję organu odwoławczego uchylić. Ma podobnie jak Konferencja Ministerialna formalną kompetencję przyjmowania wiążących interpretacji większością $\frac{3}{4}$ głosów (w praktyce stosowany jest konsensus art. IX(2) WTO). W efekcie nacisków ze strony Rady, organ odwoławczy odrzucił 17 wniosków o dopuszczenie *amicus curiae* na podstawie tego, że nie spełniały wymogów zawartych w wytycznych. Sytuacja była szeroko komentowana, i także postrzegana jako polityczna interwencja w proces sądowy i niezależność sędziowską, była jednak oparta na prawie²⁴⁹.

Państwa mają też różne inne możliwości kontroli sądu, uczestnicząc w procesie wyboru sędziów mogą wpływać na skład sędziowski (np. KNZ gwarantuje wielkim mocarstwom stałe miejsca w MTS), ograniczać lub zwiększać budżet sądu itp.

Jedną z decyzji sądowych, która wywołała w ostatnich latach ogromny społeczny odzew był wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 3 listopada 2009 r. w sprawie *Lautsi v. Włochy*²⁵⁰ dotyczący obowiązku wieszania krzyża w salach szkolnych. Trybunał stwierdził, że obligatoryjne wywieszanie symbolu danego wyznania w ramach wykonywania władzy publicznej w specyficznych dziedzinach podlegających kontroli państwa, a zwłaszcza w klasach, ogranicza prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z ich przekonaniem oraz prawa uczniów do tego, by wierzyć albo nie wierzyć. Trybunał uznał, że Włochy nie wywiązały się z ciążącego na państwie obowiązku poszanowania neutralności w wykonywaniu funkcji publicznych, a w szczególności w dziedzinie edukacji i orzekł, że w badanej sprawie doszło do naruszenia art. 2 Protokołu nr 1 do EKPC wraz z art. 9 Konwencji.

²⁴⁵ Na temat stanowiska USA zob. R. B. Bilder, *The United States and the World Court in the Post „Cold War” Era*, Catholic University Law Review 1991, vol. 40, nr 2, s. 251 i n.; zob także A.P. Llamzon, *Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice*, European Journal of International Law 2008, vol. 18 nr 5, s. 816 i n.

²⁴⁶ Zob. J. Sinde Warioba, *Monitoring Compliance and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2001, vol. 5, s. 41-52.

²⁴⁷ T. Ginsburg (przypis 72), s. 28.

²⁴⁸ *WTO Appellate Body Report, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, z 12 marca 2001 r.

²⁴⁹ Zob. odesłania do literatury T. Ginsburg (przypis 72), s. 31, przypis 101.

²⁵⁰ Wyrok Izby ETPC z 3 listopada 2009 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Włochy*.

Wyrok wywołał ostre reakcje we Włoszech²⁵¹ i innych państwach europejskich²⁵², w tym w Polsce²⁵³. Zareagował nawet Sejm RP, który 3 grudnia 2009 r. przyjął uchwałę w sprawie ochrony wolności wyznania i promocji wartości będących wspólnym dziedzictwem narodów Europy. Sejm RP wyraził zaniepokojenie „decyzjami, które godzą w wolność wyznania, lekceważą prawa i uczucia ludzi wierzących oraz burzą spokój społeczny” i ocenił krytycznie wyrok ETPC. Zaapelował też do parlamentów państw Rady Europy „o podjęcie wspólnej refleksji” w tej kwestii²⁵⁴. W efekcie rząd polski wraz z rządami Litwy i Słowacji poparł stanowisko rządu włoskiego, wyrażone we wniosku do ETPC o ponowne zbadanie sprawy przez Wielką Izbę. Orzeczeniem ETPC zajmował się m.in. także Parlament Europejski, zgłoszono w tej sprawie projekty uchwał, m.in. projekt uchwały w obronie zasady subsydiarności (*on defence of the principle of subsidiarity*²⁵⁵). Projekt stwierdzał, że Parlament Europejski szanuje zasadę subsydiarności, włączając w to wolność państw członkowskich do wywieszania symboli religijnych w miejscach publicznych i wzywa do jej uznania wszystkie europejskie instytucje i organizacje międzynarodowe.

Wielka Izba wydawała wyrok pod silną presją społeczną. W sprawie interweniowała największa do tej pory liczba państw, organizacji pozarządowych oraz członków Parlamentu Europejskiego²⁵⁶. W wyroku z 18 marca 2011 r. Wielka Izba odwróciła wyrok Izby uznając, że Włochy nie naruszyły EKPC. W ten sposób Trybunał został zmuszony pozostawić państwom członkowskim swobodę wyboru w tych niezwykle wrażliwych kwestiach.

10.2.2. Zmiana traktatu lub formalnej interpretacji

Państwa mogą również usiłować uchylić skutki decyzji np. poprzez zmianę traktatu lub zawarcie nowego. Jest to dość trudny sposób i stosowany jest bardzo rzadko. Klasycznym przykładem jest wprowadzenie do Konwencji genewskich o prawie morza z 1958 r. normy innej treści niż ta, która wynikała z rozstrzygnięcia STSM w sprawie statku *Lotus* (nowa norma stanowi, że kapitan statku, który spowodował zderzenie na morzu odpowiada przed sądem państwa bandery).

Jeśli umowa przewiduje odpowiedni mechanizm, państwa mogą zareagować w drodze dokonania formalnej interpretacji, co obrazuje ww. przykład problemów WTO z *amicus curiae*. Jeśli jednak traktat przewiduje, tak jak w przypadku WTO – jednomyślność, nie jest to

²⁵¹ Zob. np. J. Hopper *Human rights ruling against classroom crucifixes angers Italy*, guardian.co.uk, 3.11.2009.

²⁵² Zob. np. *Crucifix en classe: la condamnation de l'Italie divise en Espagne*, Madryd, AFP, 4 listopada 2009 r.; w Portugalii – N. Faria, *Le crucifix, ici aussi*, Courier International.com, 6 listopada 2009; w Irlandii – <http://humanrightsinireland.wordpress.com/2009/11/04/irish-reactions-to-lautsi-v-italy>; w Grecji – M. Brabant, *Greek Church acts on crucifix ban*, BBC News, Ateny, 12 listopada 2009 r.

²⁵³ Przeciwno wyrokowi zaprotestowała zwłaszcza Konferencja Episkopatu Polski (zob. *Komunikat z 350 Zebrania Plenarnego Konferencji Episkopatu Polski*, „Wiadomości KAI”, 2009, nr 49, s. 5; *Bądźmy świadkami miłości. List Pastorski Episkopatu Polski na Niedzielę Świętej Rodziny – 27 grudnia 2009 r.*, „Wiadomości KAI”, 2009, nr 52/53, s. 13) oraz Akcja Katolicka w Polsce (zob. *Akcja Katolicka krytykuje orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie krzyży*, „Wiadomości KAI”, 2009, nr 50, s. 6).

²⁵⁴ Za przyjęciem uchwały było 357 posłów, przeciw 40, od głosu wstrzymało się 5.

²⁵⁵ Projekt nr B7-0278/2009 z 15 grudnia 2009 r.

²⁵⁶ Zob. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 18 marca 2011 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Włochy*, pkt 8.

łatwy sposób. Aczkolwiek T. Ginsburg podaje interesujący przykład pozytywnego skutku takiego procesu, a mianowicie interpretację standardu wyłączenia w ramach North American Free Trade Area i jego stosunku do powszechnego prawa międzynarodowego²⁵⁷.

Art. 1105 umowy NAFTA z 1992 r. stanowi, że każda ze stron zapewni inwestycjom inwestorów drugiej strony traktowanie zgodne z prawem międzynarodowym, włączając w to słuszne i sprawiedliwe traktowanie oraz pełną ochronę i bezpieczeństwo (*fair and equitable treatment and full protection and security*). Niektóre panele NAFTA rozstrzygające spory rozumiały standardy sprawiedliwości i słuszności oraz pełnej ochrony i bezpieczeństwa jako specyficzne dla NAFTA i różne od powszechnego prawa międzynarodowego. Działająca w ramach NAFTA – The Free Trade Commission²⁵⁸ – wyjaśniła znaczenie art. 1105 i wydała w 2005 r. specjalne obwieszczenie interpretacyjne stwierdzając, że standardy te „nie wymagają dodatkowego traktowania lub wykraczającego poza to co jest wymagane przez zwyczajowy standard traktowania cudzoziemców”²⁵⁹. W następstwie tego oświadczenia, w pierwszym w historii sporze arbitrażowym między prywatnym inwestorem a państwem, wniesionym na podstawie rozdziału XI NAFTA²⁶⁰, Trybunał ICSID, rozstrzygający spór między kanadyjską firmą pogrzebową i USA, potwierdził interpretację daną przez Komisję (*Loewen v. United States*)²⁶¹.

Innego rodzaju zmiana traktatu może odnosić się nie tyle do normy materialnej co proceduralnej i polegać na ograniczeniu jurysdykcji sądu. Przykładem takiej sytuacji jest reakcja, którą wywołało niezadowolenie z rozstrzygnięć ETPC i obawa przed nadmiernym aktywnym Trybunału, przede wszystkim ze strony Zjednoczonego Królestwa (chodziło np. o sprawy dotyczące praw wyborczych więźniów, stosowania pewnych środków dowodowych przez sądy brytyjskie, terroryzmu i ekstradycji). Brytyjczycy wywołali poważną dyskusję nad reformą ETPC (konferencje w Izmirze, Brighton itd.), która doprowadziła do przyjęcia protokołów 15 i 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Ilustruje te kwestie również sprawa wyłączeń dokonanych w ramach reformy rolnej przez Zimbabwę. Biali farmerzy, którzy padli ofiarą reformy, po wyczerpaniu drogi krajowej wnieśli skargi do Trybunału SADC (The Southern African Development Community Tribunal). Trybunał utworzony został na podstawie art. 9 traktatu tworzącego Wspólnotę (SADC Trea-

²⁵⁷ T. Ginsburg (przypis 72), s. 29-30.

²⁵⁸ Kompetencje Komisji określa art. 2001 umowy NAFTA, z kolei art. 1131 ust. 2 zawarty w rozdziale XI dotyczącym rozstrzygania sporów, stanowi, że interpretacja porozumienia dokonana przez Komisję wiąże Trybunał ustanowiony na podstawie tego przepisu.

²⁵⁹ *NAFTA Free Trade Commission Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, July 31, 2001, art. B (2).

²⁶⁰ Zob. na temat arbitrażu w ramach NAFTA, L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *Guide to ICSID*, Kluwer Law International 2011, s. 105-116.

²⁶¹ Wyrok Trybunału ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr ARB(AF)/98/3, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, pkt 128: „The effect of the Commission’s interpretation is that “fair and equitable treatment” and “full protection and security” are not free-standing obligations. They constitute obligations only to the extent that they are recognized by customary international law. Likewise, a breach of Article 1105(1) is not established by a breach of another provision of NAFTA. To the extent, if at all, that NAFTA Tribunals in *Metalclad Corp v United Mexican States* ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Aug 30, 2000), *S.D. Myers, Inc. v Government of Canada* (Nov 13, 2000) and *Pope & Talbot, Inc. v Canada*, Award on the Merits, Phase 2, (Apr 10, 2001) may have expressed contrary views, those views must be disregarded.”

ty) z 17 sierpnia 1992 r.²⁶² w Windhuku, zaczął działać dopiero w 2005 r. Sprawa *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe*²⁶³ była jedną z pierwszych rozpatrywanych przez Trybunał. Trybunał, odwołując się m.in. do prawa międzynarodowego, EKPC, Paktów Praw Człowieka, Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, orzecznictwa Trybunałów Praw Człowieka – Europejskiego oraz Afrykańskiego, sądów krajowych itp., rozstrzygnął ją na korzyść skarżących uznając, że Zimbabwe naruszyło m.in. prawo do sądu oraz zakaz dyskryminacji ze względu na rasę, i zasądził odszkodowanie. Zimbabwe nie uznało wyroku i nie chciało go wykonać. Na wniosek skarżących Trybunał, zgodnie z art. 32 ust. 4 i 5 Protokołu do Traktatu z 1992 r., zwrócił się do Szczytu (składającego się z szefów państw i rządów stron Traktatu) o podjęcie odpowiednich środków w celu wykonania wyroku i wydał nakaz zapłaty.

Pod wpływem nacisków Zimbabwe, niezadowolonego z rozstrzygnięcia sądu, Szczyt podjął w 2011 r. decyzję o skontrolowaniu roli i funkcji Trybunału przez ekspertów. W tym czasie Trybunał nie mógł przyjmować żadnych nowych spraw²⁶⁴ (nie powołano również nowych sędziów na miejsce sędziów, którym skończył się mandat). Następnie Szczyt rozwiązał sąd w 2012 r. Po dwóch latach, w sierpniu 2014 r. szefowie państw i rządów podpisali nowy protokół, który przywraca Trybunał, ale z jurysdykcją ograniczoną tylko do sporów między państwami²⁶⁵.

Ten kolejny krok mógł być spowodowany ostrą społeczną krytyką Zimbabwe (Campbell był wraz z rodziną porwany i przetrzymywany w specjalnym obozie, torturowany, zmarł w 2011 r.) i decyzji Szczytu, a także kontrolą sądową. Otóż skarżący nie mogąc uzyskać wykonania wyroku (odszkodowania) przez Zimbabwe, wnieśli do sądu w Republice Południowej Afryki wnioski o wyegzekwowanie wykonania nakazu płatniczego Trybunału (RPA jest jednym z członków SADC). Sprawa trafiła w drodze instancji do Supreme Court of Appeal, który uznał prawomocność orzeczenia Trybunału SADC i zasądził egzekucję z majątku Zimbabwe położonego w RPA²⁶⁶. Wyrok utrzymał Trybunał Konstytucyjny RPA²⁶⁷. W postępowaniu uczestniczyło Zimbabwe. Trybunał odrzucił argumenty przedstawiane przez to państwo, uznał swój obowiązek wykonania decyzji Trybunału SADC, i co ciekawe, rozwinął prawo krajowe interpretując rozszerzająco ustawę dotyczącą egzekucji wyroków sądów państw obcych, jako odnoszącą się także do Trybunału SADC²⁶⁸.

²⁶² Traktat wszedł w życie 30 września 1993 r., International Legal Materials 1993 vol. 32, s. 116.

²⁶³ Wyrok Trybunału SADC z 28 listopada 2008 r. w sprawie nr 2.

²⁶⁴ W. Scholtz, G. Ferreira, *Much Ado About Nothing? The SADC Tribunal's Quest for the Rule of Law Pursuant to Regional Integration*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2011, vol. 71, s. 357.

²⁶⁵ Informacja ze strony: <http://www.bdlive.co.za/africa/africannews/2014/08/20/sadc-tribunal-back-with-mandate-reduced-to-interstate-cases/> dostęp 24.08.2014

²⁶⁶ Wyrok Supreme Court of Appeal Republiki Południowej Afryki z 20 września 2012 r. w sprawie nr 657/11, *Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*, [2012] ZASCA 122.

²⁶⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki z 27 czerwca 2013 r. w sprawie nr 101/12, *Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*, [2013] ZACC 22.

²⁶⁸ Trybunał konkludował: „When the farmers' rights to property, their human rights in general and the right of access to courts in particular were violated, Zimbabwe was, in terms of article 6(6) of the Amended Treaty, obliged to cooperate with the Tribunal in the adjudication of the dispute. After the Tribunal had delivered its judgment, Zimbabwe was duty-bound to assist in the execution of that judgment and so is South Africa” (*Ibidem*, pkt 77).

W 2012 r. Pan African Lawyers Union (PALU) oraz Southern Africa Litigation Centre (SALC) zwróciły się do Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka w Aruszy (*African Court on Human and People's Rights*) z wnioskiem o wydanie opinii doradczej w sprawie legalności zawieszenia przez Szczyt działania Trybunału SADC²⁶⁹. Wnioskodawcy argumentują, że decyzja głów państw i rządów naruszyła niezależność sędziowską, prawo dostępu do sądu, prawo do efektywnego środka prawnego i zasadę praworządności (*the rule of law*).

10.2.3. Niewykonanie wyroku i cofnięcie zgody na jurysdykcję

W skrajnych przypadkach niezadowolone z wyroku strony decydują się na jego niewykonanie, szukając innych dróg rozwiązania konfliktu, czasami podejmują dalsze negocjacje i modyfikują ustalenia sądu. W przypadku MTS miało to miejsce ostatnio w odniesieniu do kilku wyroków, np. w sprawach *Land, Island, and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras; Nicaragua Intervening), *Territorial Dispute* (Libya v. Chad), *Gabcíkovo-Nagyymaros Project, Land and Maritime Boundary Between Cameroon and Nigeria, LaGrand, Avena and Other Mexican Nationals*²⁷⁰.

Jako *ultima ratio* – państwa mogą wystąpić z umowy międzynarodowej tworzącej sąd międzynarodowy, albo cofnąć swoją zgodę na jurysdykcję sądu (a nawet sąd rozwiązać jak wskazuje sprawa *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe*). Przykładem może być wycofanie deklaracji jednostronnych uznających kompetencje MTS (art. 36 ust. 2 KNZ) przez Francję w 1974 r. w związku ze sprawami *Nuclear Tests* i *Aegean Sea Continental Shelf*²⁷¹ oraz przez USA w 1985 r. w związku ze sprawą Nikaragui²⁷². W oświadczeniu o wycofaniu się z postępowania w sprawie dotyczącej *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* z 18 stycznia 1985 r. złożonym przez USA w MTS, Stany Zjednoczone stwierdzały, że „Trybunał nie ma jurysdykcji i kompetencji” oraz że „decyzja Trybunału z 26 listopada 1984 r. uznająca, że ma jurysdykcję, jest sprzeczna z prawem i faktami”²⁷³. Dalej, że w sprawie tej wchodził w grę element polityczny i nie nadaje się ona przez to do rozstrzygnięcia przez sąd.

W 2005 r. po wyroku MTS w sprawie *Avena*²⁷⁴ USA wypowiedziały Protokół dodatkowy do Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r. stanowiący podstawę jurysdykcji Trybunału w sprawach dotyczących Konwencji²⁷⁵.

²⁶⁹ *Request No 002/2012 by The Pan African Lawyers' Union (PALU) and Southern African Litigation Centre.*

²⁷⁰ Szczegółowo zob. A.P. Llamzon, *Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice*, *European Journal of International Law* 2008, vol. 18 nr 5, s. 825 i n.

²⁷¹ *Annuaire Français de Droit International* 1974, s. 1052-54.

²⁷² Zob. Department of State Press Statement of October 7, 1985, *International Legal Materials* 1985, vol. 24, s. 1743; na ten temat W. M. Reisman, *Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?*, *American Journal of International Law* 1986, vol. 80, s.128 i n.

²⁷³ Tekst oświadczenia Dep`t St. Bull., No. 2096, March 1985, s. 64; *International Legal Materials* 1985, vol. 24, s. 246.

²⁷⁴ Wyrok MTS w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2004.

²⁷⁵ F. L. Kirgis, Addendum to ASIL Insight, *President Bush's Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights*, March 2005: "On March 7, 2005, U.S. Secretary of State Condoleezza Rice sent a letter to the United Nations Secretary-General, in which she said: This letter constitutes notification by the United States of America that it hereby withdraws from the [Consular Con-

11. Granice wyznaczane przez sądy krajowe

11.1. Obowiązek wykonania decyzji czy prawo sprzeciwu?

Obok kontroli politycznej nie mniejsze znaczenie w procesie kształtowania się prawa międzynarodowego ma kontrola decyzji sądów międzynarodowych dokonywana przez sądy krajowe. Sądy krajowe mogą uczestniczyć bezpośrednio w wykonywaniu konkretnych decyzji sądu międzynarodowego lub stosować decyzje tego sądu, wydane już nie tylko w odniesieniu do danego państwa, w podobnych sprawach, powołując się na wyroki sądu międzynarodowego lub nawet bez takiego wyraźnego odwołania.

Państwo w prawie międzynarodowym, zwłaszcza dla celów odpowiedzialności międzynarodowej, stanowi jedność jego wszystkich organów²⁷⁶. Konsekwentnie, wyrok sądu międzynarodowego wydany w stosunku do danego państwa, powinien wiązać także sądy tego państwa. Powstaje zatem problem uwzględnienia wyroku w ewentualnym dalszym postępowaniu sądowym w konkretnej sprawie, problem niewykonania sprzecznego wyroku krajowego, wzruszenia zapadłego już wyroku krajowego, wznowienia postępowania karnego, cywilnego lub administracyjnego itp. To jednak czy, i w jaki sposób, wyrok będzie wykonany zależy od systemu prawa krajowego, które rzadko zezwala na bezpośredni skutek orzeczeń (wyjątkiem jest z pewnością skuteczność orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE w systemach prawnych państw członkowskich).

Przykładowo węgierski Trybunał Konstytucyjny²⁷⁷ musiał określić skutek prawny w sprawie wewnętrznej orzeczenia MTS z 1997 r. w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*²⁷⁸. W skardze konstytucyjnej skarżący domagał się zobowiązania rządu do wykonania wyroku MTS i stwierdzenia niezgodności z konstytucją istniejącego zaniechania. Trybunał Konstytucyjny nie uznał orzeczenia MTS za część krajowego porządku prawnego, źródło zobowiązania międzynarodowego Węgier, które przekształciło się w prawo wewnętrzne (art. 7 Konstytucji). Innymi słowy odmówił orzeczeniu wiążącego charakteru na gruncie prawa krajowego, podkreślając, że wyrok sądu międzynarodowego, co do zasady, wiąże tylko strony sporu.

Krajowa praktyka sądowa dostarcza przykładów zarówno efektywnego wykonania decyzji sądowych, jak i odmowy ich wykonania, a także kontestowania ich, na tej podstawie, że nie wiążą one sądu krajowego lub że są sprzeczne z prawem czy zasadami prawa krajowego. Pa-

vention's Optional Protocol Concerning the Compulsory Settlement of Disputes]. As a consequence of this withdrawal, the United States will no longer recognize the jurisdiction of the International Court of Justice reflected in that Protocol." <http://www.asil.org/insights/2005/03/insights050309a.html>

²⁷⁶ Zasada ta znajduje wyraz w art. 4 Artykułów dotyczących odpowiedzialności państwa z 2001 r. Przepis ten stanowi, że za działanie państwa z punktu widzenia prawa międzynarodowego uważa się zachowanie każdego organu państwowego mającego taki status w rozumieniu prawa wewnętrznego danego państwa, jeżeli tylko działał on w takim właśnie charakterze. Państwo odpowiada więc za akty swych organów, zarówno centralnych – ustawodawczych czy rządowych – jak i sądowych.

²⁷⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Węgier w sprawie nr 988/E/2000, AB, ABH 2003, 1290.

²⁷⁸ MTS orzekł, że Traktat z 1977 r. dotyczący budowy i funkcjonowania systemu tam Gabčíkovo-Nagymaros jest nadal w mocy pomiędzy Węgrami i Słowacją. Trybunał uznał, że od tego czasu rozwinęły się nowe normy i standardy międzynarodowego prawa ochrony środowiska i że w związku z tym strony są zobowiązane do interpretowania w ich świetle traktatu. Stwierdził dalej, że obydwa państwa muszą negocjować w dobrej wierze i podjąć wszelkie możliwe środki żeby zapewnić osiągnięcie celów traktatu z 1977 r. Od wyroku MTS w 1997 r. strony prowadziły negocjacje nie osiągając jednak sukcesu.

radoksalnie, także krytyka orzeczenia sądu międzynarodowego może przyczynić się do rozwoju prawa międzynarodowego, jeśli odpowiada na ważny interes innych aktorów stosunków międzynarodowych i oparta jest na przekonującym uzasadnieniu.

Świetnym przykładem tego procesu są wyroki niemieckiego FSK w tzw. sprawach *Solange I* i *Solange II*²⁷⁹, które zapoczątkowały doktrynę określającą w istocie granice swobody orzeczniczej TSUE. Jej istotą jest możliwość odmowy zastosowania orzeczenia sądu międzynarodowego przez sąd krajowy, w wyjątkowych przypadkach, jeśli orzeczenie zostało wydane z naruszeniem kompetencji sądu (*ultra vires*) lub narusza w sposób oczywisty prawa podstawowe, które chroni konstytucja krajowa. Doktryna została przejęta następnie nie tylko przez trybunały konstytucyjne wielu państw członkowskich UE, ale zaadaptowana została także przez ETPC dla określenia odpowiedzialności państw stron EKPC za akty organizacji międzynarodowej, której są członkami (w sprawie *Bosphorus*²⁸⁰).

Doktrynę *Solange* zastosował czeski Trybunał Konstytucyjny w sprawie *słowackich emerytur*.²⁸¹ Trybunał ostro skrytykował orzeczenie TSUE z 22 czerwca 2011 r. (C-399/09 *Marie Landtová v. Česká správa sociálního zabezpečení*), odmówił jego zastosowania, uznając, że działania TSUE były działaniami *ultra vires*, Trybunał wykroczył poza kompetencje przekazane przez Republikę czeską na mocy art. 10a Konstytucji. Orzeczenie to nie odegrało jednak większej roli, jak można sądzić, ponieważ dotyczyło interesu tylko jednego państwa.

11.2. Sprawy *LaGrand* i *Avena*

Najbardziej jednak znanym przykładem odmowy wykonania wyroków sądu międzynarodowego są sprawy *LaGrand*²⁸² i *Avena*, a zwłaszcza seria orzeczeń sądów amerykańskich dotyczących implementowania wyroku MTS z 2004 r. w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals*²⁸³. Trybunał uznał w tej sprawie, że niepoinformowanie osób oskarżonych w postępowaniach karnych, o możliwości zwrócenia się do konsulatu własnego państwa i skorzystania z pomocy prawnej, stanowi naruszenie art. 36 Konwencji o stosunkach konsularnych z 1963 r., a w paragrafie 153 (9) wyroku, że obywatelom meksykańskim należy się adekwatne zadośćuczynienie w drodze ponownego rozpatrzenia i rozważenia ich spraw i wyroków (*review and reconsideration*) przez sądy Stanów Zjednoczonych.

W wyroku, który dotyczył jednego z 52 Meksykanów, do których odnosił się wyrok w sprawie *Avena*, skazanego na karę śmierci, Sąd Apelacyjny w Oklahomie w sprawie *Torres v. State*, potwierdził poprzednie rozstrzygnięcie, że sprawa *Avena* nie wiąże sądu, co najwyżej skłoniła sąd do ponownego zbadania czy skarżącemu zapewniono w postępowaniu wszelkie prawa, z których mógłby skorzystać gdyby poinformowano go o jego prawach konsularnych. Prawa te zostały, zdaniem sądu, w pełni zachowane²⁸⁴.

²⁷⁹ Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 29 maja 1974 r. w sprawie nr 2 BvL 52/71, tzw. *Solange I*; wyrok z 22 października 1986 r. w sprawie nr 2 BvR 197/83, tzw. *Solange II*.

²⁸⁰ Wyrok (przypis 73).

²⁸¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Czech w sprawie nr 2012/01/31 - Pl. ÚS 5/12.

²⁸² Wyrok (przypis 106).

²⁸³ Wyrok (przypis 274); zob. np. M. Sheik, *From Breard to Medellín: Supreme Court Inaction or ICJ Activism in the Field of International Law?*, California Law Review 2006, vol. 94, nr 2, s. 531 i n.

²⁸⁴ Wyrok Court of Criminal Appeals of Oklahoma z 6 września 2005 r. w sprawie nr PCD-2004-442, *Torres v. State*, pkt 7 sentencji: „At most Avena directed us to review the case to ensure Appellant received the benefit of the process that was due him, and which would have been assured him if

W orzeczeniu z 2006 r. w sprawie *Sanchez-Llamas v. Oregon*²⁸⁵, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że interpretacja ustalona w orzeczeniach MTS w sprawach *LaGrand* i *Avena* nie jest konkluzywna dla sądów USA, muszą one ją jedynie „z szacunkiem rozważyć” (*respectful consideration*). Po czym Sąd Najwyższy konkludował, że interpretacja art. 36 Konwencji z 1963 r. przez MTS, wymagająca niezastosowania normy prawa procesowego, jest sprzeczna z charakterem spornym amerykańskiego postępowania karnego. W wyroku z 2008 r. w sprawie *Medellin v. Texas*²⁸⁶, ten sam Sąd Najwyższy (sprawa dotyczyła jednego z 52 Meksykanów, których dotyczyło orzeczenie w sprawie *Avena*) potwierdził, że „opinia” MTS, choć wiąże jako zobowiązanie międzynarodowe, nie stanowi bezpośrednio skutecznego prawa federalnego.

Inaczej wyglądała recepcja tez tych orzeczeń MTS w podobnych sprawach dotyczących prawa konsularnego w Niemczech, a szczególnie kwestia związania sądu krajowego orzeczeniami MTS. Początkowo w 2001 r., krótko po wyroku w sprawie *LaGrand*, niemiecki Federalny Sąd Najwyższy pomijał w swych wywodach wyrok MTS²⁸⁷. Z kolei Federalny Sąd Konstytucyjny rozważał w 2006 r. wspomnianą kwestię w trzech skargach konstytucyjnych, w których argumentowano, że odrzucenie wyroku w sprawie *LaGrand* narusza nie tylko prawo międzynarodowe, ale i niemiecką Konstytucję. FSK orzekł w dwóch przypadkach, w trzecim na innej podstawie, na korzyść skarżących²⁸⁸.

FSK starannie rozważył argumenty Sądu Najwyższego USA zawarte w orzeczeniu w sprawie *Sanchez-Llamas v. Oregon* opowiadając się raczej za stanowiskiem sędziów niezgadających się z wyrokiem. FSK co prawda stwierdził także, że wyrok MTS nie ma skutku bezpośredniego, lecz wymaga *respectful consideration*, co w języku FSK znaczy, że wyrok daje normatywną wskazówkę odnośnie interpretacji i stosowania prawa międzynarodowego. Inaczej niż amerykański Sąd Najwyższy, FSK uznał, że obowiązek *respectful consideration* oznacza, że orzeczenie MTS jest autorytatywne i wiążące dla sądu krajowego z wyjątkiem, gdy Konstytucja wyraźnie wymaga odmiennego rozwiązania. Stwierdzenie to dotyczy nie tylko wyroków wiążących Niemcy, ale wszelkich innych wyroków dotyczących materii, w stosunku do których MTS miałyby kompetencje w odniesieniu do Niemiec. Trybunał konstytucyjny Niemiec nie uznał zatem hierarchicznej struktury sądów lub podległości sądom międzynarodowym (dotyczy to także TSUE czy ETPC) i uważa, że stosunki z sądami międzynarodowymi winny opierać się na współpracy (w ten sposób w znanym orzeczeniu z 1993 r. w sprawie

he had been advised of his consular rights. Appellant has been afforded his rights under *Avena*. He has been represented by competent lawyers at each stage of these proceedings and afforded all the rights guaranteed to citizens of the United States. That is reflected in the volumes of trial and appellate records amassed over the last eleven years.” Gubernator stanowy podjął w tej sprawie decyzję o skorzystaniu z prawa łaski.

²⁸⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2006 r. w sprawie *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331 (2006).

²⁸⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA z 25 marca 2008 r. w sprawie *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008).

²⁸⁷ Decyzja Niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego (BGH) z 7 listopada 2001 r. w sprawie nr 5 StR 116/01.

²⁸⁸ Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 19 września 2006 r. w sprawie nr 2 BvR2115/01.

konstytucyjności Traktatu z Maastricht²⁸⁹), a zatem także na dialogu między sądami międzynarodowymi i krajowymi²⁹⁰.

Dialog, jaki się wywiązał na tle orzeczeń *LaGrand* i *Avena* w sprawie skutku prawnego orzeczenia MTS w prawie krajowym, miał swoją kulminację w nowym postępowaniu przed MTS-em. Meksyk zwrócił się do Trybunału o interpretację punktu 153 (9) orzeczenia w sprawie *Avena*. W wyroku z 2009 r. MTS podkreślił, że choć punkt 153 (9) stanowi lub implikuje, że sądy USA muszą zapewnić bezpośredni skutek wyrokowi, to jednak jest to tylko zobowiązanie co do rezultatu, które musi być wykonane bezwarunkowo. Państwo ma jednak swobodę wyboru środków implementacji, nie wykluczając uchwalenia ustawy, jeśli wymaga tego prawo konstytucyjne. Wyrok może także zostać bezpośrednio zastosowany, jeśli pozwala na to prawo krajowe²⁹¹.

Wykonanie wyroku sądu międzynarodowego z pewnością zależy od możliwości prawnych, jakie przewiduje prawo krajowe, ale także od znajomości prawa międzynarodowego i przychylności sędziego krajowego. Wbrew pozorom ostrożna, krytyczna postawa sądów krajowych wobec orzeczenia sądu międzynarodowego może mieć większe znaczenie dla procesu prawotwórczego aniżeli pełna jego akceptacja, choć ta z kolei służy umacnianiu rządów prawa w stosunkach międzynarodowych.

11.3. Przypadek immunitetu jurysdykcyjnego państwa

MTS potwierdził stanowisko zajęte w wyroku interpretacyjnym w sprawie *Avena* w wyroku z 2012 r. sprawie *Jurisdictional Immunities of the State*²⁹². MTS wydał wyrok przeciwko Włochom z powodu odmawiania Niemcom immunitetu jurysdykcyjnego przez sądy włoskie w sprawach dotyczących odszkodowania za zbrodnie wojenne popełnione przez niemiecką armię w okresie drugiej wojny światowej. Włoski Trybunał Kasacyjny w dwunastu identycznych wyrokach z 28 maja 2008 r. orzekł, że konieczność poszanowania norm o charakterze *ius cogens* dotyczących ochrony praw człowieka naruszonych przez Niemcy przeważa w stosunku do norm prawa zwyczajowego odnoszących się do immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Konkluzję tę, zdaniem sądu, wzmacniał także brak alternatywnych środków dochodzenia roszczenia, ponieważ Niemcy odmówiły odszkodowań w wielu podobnych przypadkach.

²⁸⁹ Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 12 października 1993 r. w sprawie nr 2 BvR 2134, 2159/92, tzw. *Maastricht-Urteil*.

²⁹⁰ Zob. A. Paulus, *Germany*, (w:) D. Sloss, D. Jinks (red.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* 2008, s. 32 i n.; idem, *A Comparative Look at Domestic Enforcement of International Tribunal Judgments*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 2009, vol. 103, s. 44 i n.

²⁹¹ Wyrok MTS w sprawie *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ Reports 2009, pkt 44: "[t]he *Avena* judgment nowhere lays down or implies that the courts in the United States are required to give direct effect to pkt 153 (9). The obligation laid down in that paragraph is indeed an obligation of result which clearly must be performed unconditionally; non-performance of it constitutes internationally wrongful conduct. However, the judgment leaves it to the United States to choose the means of implementation, not excluding the introduction within a reasonable time of appropriate legislation, if deemed necessary under constitutional law. Nor moreover does the *Avena* judgment prevent direct enforceability of the obligation in question, if such an effect is permitted by domestic law."

²⁹² Wyrok (przypis 53).

MTS odniósł się w swoim wyroku do problemu jego wykonania stwierdzając, że Republika Włoska musi przez uchwalenie odpowiednich ustaw lub w oparciu o inne metody, które uzna za stosowne zapewnić, aby przestały wywoływać skutki decyzje jej sądów i innych organów naruszające immunitet Niemiec²⁹³. MTS potwierdził, że zobowiązanie do wykonania wyroku jest zobowiązaniem rezultatu, ale nie może ono implikować nałożenia nieproporcjonalnego ciężaru na Włochy, zwłaszcza że niektóre decyzje sądowe, o które chodzi stały się ostateczne w prawie włoskim i sąd wywołały skutki *res iudicata*²⁹⁴.

Włochy wykonały wyrok MTS, zmieniły prawo tak, aby umożliwić wznowienie postępowań zakończonych ostateczną decyzją i zapewnić wykonanie wyroku w postępowaniach, które jeszcze się nie zakończyły (ustawa nr 5 z 14 stycznia 2013 r.). Zanim jednak ustawa weszła w życie niektóre sądy, używając różnych argumentów prawnych, zdołały rozstrzygnąć spory zgodnie z orzeczeniem MTS.

Przywołajmy jedno z tych orzeczeń – decyzję wydaną w trybie odwoławczym przez Pierwszą Sekcję Karną Trybunału Kasacyjnego w sprawie *Postępowania karnego przeciwko Albers et al.* z 9 sierpnia 2012 r.²⁹⁵ Decyzja sądu jest interesująca z tego powodu, że sąd aczkolwiek uchylając orzeczenie sądu niższego i przyznając immunitet jurysdykcyjny Niemcom wykonał orzeczenie MTS, to jednak przywołał konkluzje części włoskiego orzecznictwa dotyczące istoty kontrowersji, i powtórzył swoje przekonanie o hierarchicznej wyższości norm o charakterze *ius cogens* dotyczących zbrodni międzynarodowych naruszających prawa podstawowe w stosunku do normy prawa zwyczajowego przyznającej państwu immunitet jurysdykcyjny w odniesieniu do działań władzy publicznej (np. sił zbrojnych państwa). Wyższość norm o charakterze *ius cogens* nie może, w opinii Trybunału Kasacyjnego, dotyczyć tylko fazy materialnej sporu (norm materialnych) lecz także fazy proceduralnej (norm procesowych). Trybunał Kasacyjny pokreślił, że zdaje sobie sprawę, że jego opinia nie jest podzielana przez sądy innych państw, co powoduje, że nie wykształciła się jeszcze norma prawa zwyczajowego. Dalej przyznał, że ten fakt oraz bezdyskusyjny autorytet decyzji MTS skłonił go do odnotowania wyroku MTS, i zgodnie ze zobowiązaniami Włoch, postanowił dopuścić apelację Niemiec i ponownie rozważyć poprzednią decyzję.

W odróżnieniu od innych decyzji włoskich z tego okresu, wyrok Trybunału Kasacyjnego wpisuje się jednak, poprzez *obiter dictum*, w dialog sędziowski dotyczący immunitetu państwa i naruszeń norm o charakterze *ius cogens*. MTS wydał decyzję, która w jakimś sensie (uwzględniając szczególną pozycję MTS we współczesnym świecie) kończy etap sądowego tworzenia prawa (przynajmniej na jakiś czas). Jest mało prawdopodobne, aby inne sądy międzynarodowe czy krajowe poszły w tym zakresie dalej bez narażania państwa na odpowiedzialność międzynarodową. Pokazuje to zatem także granice tworzenia prawa przez sądy. Wydaje się, że teraz zmienić ten stan, bez woli państw przyjęcia odpowiednich rozwiązań traktatowych, nie będzie łatwo.

Nie zmienia tej konkluzji wyrok wydany przez włoski Trybunał Konstytucyjny 22 października 2014 r. nr 238/2014²⁹⁶. W kontekście włoskiej ustawy nr 5 z 14 stycznia

²⁹³ *Ibidem*, pkt 139.

²⁹⁴ *Ibidem*, pkt 137.

²⁹⁵ Wyrok Trybunału Kasacyjnego Włoch z 9 sierpnia 2012 r. w sprawie nr 32139/2012.

²⁹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Włoch z 22 października 2014 r. w sprawie nr 238/2014, nieoficjalne tłumaczenie A. Gracis, dostępne na <http://italyspractice.info/judgment-238-2014>

2013 r. Trybunał stwierdził niekonstytucyjność jej art. 3 wykonującego wyrok MTS z 2012 r. Artykuł ten zobowiązywał sądy włoskie do odrzucenia jurysdykcji w sprawach o odszkodowania z tytułu zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości popełnionych na terytorium Włoch przez niemieckie siły zbrojne w czasie drugiej wojny światowej. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że uznana przez MTS norma zwyczajowa dotycząca absolutnego immunitetu państwa w odniesieniu do działań *de iure imperii* nie może mieć zastosowania we włoskim porządku prawnym do wymienionej wyżej sytuacji, ponieważ koliduje z podstawowymi zasadami włoskiego porządku konstytucyjnego, w szczególności z art. 24 Konstytucji gwarantującym prawo dostępu do sądu w związku z art. 2 Konstytucji określającym zasadę ochrony praw podstawowych jednostek. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny uznał także za niezgodny z Konstytucją art. 1 ustawy nr 848 z 17 sierpnia 1957 r. wprowadzającej do włoskiego porządku prawnego Kartę Narodów Zjednoczonych. Niezgodność ta dotyczy wąskiego zakresu, a mianowicie skuteczności art. 94 Karty (obowiązek wykonania orzeczenia MTS w każdej sprawie, w której państwo jest stroną) we włoskim porządku prawnym w odniesieniu do wykonania wyroku MTS z 3 lutego 2012 r. W rezultacie wyrok Trybunału Konstytucyjnego uniemożliwia wykonanie wspomnianego wyroku MTS. Tym samym spór niemiecko-włoski powraca do fazy początkowej z trudnymi do przewidzenia konsekwencjami.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił tym orzeczeniem swoją niezależność od sądu ustanowionego w innym systemie prawnym. Odwołał się dla uzasadnienia swojej decyzji do istotnych wartości, ale doprowadził także do zamieszania, które nie służy umacnianiu rządów prawa w stosunkach międzynarodowych.

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego narusza prawo międzynarodowe narażając Włochy na odpowiedzialność międzynarodową, ponieważ państwo nie może powoływać swojego prawa wewnętrznego dla niewypełniania zobowiązań międzynarodowych. Ta ogólna zasada prawa międzynarodowego znajduje między innymi swoje odzwierciedlenie w art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., której Włochy i Niemcy są stronami.

11.4. Dialog zmieniający

11.4.1. Sprawy *Horncastle/Al-Khawaja*

Innego typu przykładu dostarczają sprawy *Horncastle/Al-Khawaja* oraz sprawa *Hirst* ilustrujące interakcję, jaka miała miejsce w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Ułażliwiła ją szczególna cecha tego systemu, a mianowicie prawo strony sporu strony (państwa lub jednostki) do złożenia odwołania od wyroku Izby do Wielkiej Izby. W tym czasie możliwa jest także reakcja na wypowiedź Europejskiego Trybunału Praw Człowieka sądów krajowych, jeśli rozstrzygają w podobnych sprawach. ETPC może tę reakcję uwzględnić lub kontestować. Ponadto w tym systemie Trybunał na ogół ocenia działania sądów krajowych (co do zasady bowiem jednostka może wnieść skargę dopiero po wyczerpaniu drogi krajowej), zna zatem ich wyroki i ich sposób postrzegania problemów.

W 2009 r. Izba ETPC wydała wyrok w sprawach *Al-Khawaja v. UK i Tahery v. UK*²⁹⁷, w którym stwierdziła naruszenie przez Zjednoczone Królestwo prawa do sądu (art. 6 EKPC) w przypadku, gdy skazanie było oparte wyłącznie lub w znaczącym stopniu (*solely or to*

²⁹⁷ Wyrok ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawach nr 26766/05 & 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery v. UK*.

a decisive extent) na tzw. *hearsay evidence*, dowodach ze słyszenia lub dowodach z zeznań świadków, którzy w dalszym toku postępowania nie mogą zostać przesłuchani, np. z powodu śmierci. W Zjednoczonym Królestwie ten rodzaj dowodów jest w wyjątkowych przypadkach dopuszczalny. Wyrok Izby wprowadzał test absolutny, niedopuszczający wyjątków. Zjednoczone Królestwo wniosło o rozpatrzenie sprawy przez Wielką Izbę. Wielka Izba, jak się wydaje świadoma krytyki swoich orzeczeń w Zjednoczonym Królestwie oraz faktu, że podobna sprawa rozpatrywana jest przez sądy brytyjskie, czekała na jej zakończenie.

W wyroku w sprawie *R v. Horncastle & Others*²⁹⁸ w 2009 r. Sąd Najwyższy odrzucił argument, że powinien się zastosować do rozstrzygnięć ETPC w sprawach *Al-Khawaja i Tahery*, i sprzeciwił się absolutnemu testowi niepozwalającemu na wyważanie różnych czynników. Zdaniem Sądu, rozwiązanie proponowane przez ETPC nie leży w interesie sprawiedliwości. Sąd Najwyższy określił przy tym jasno swój stosunek do ETPC, nie jako stosunek podległości, ale relacje oparte na interakcji. Zgodnie z art. 2 *Human Rights Act* z 1998 r., sądy brytyjskie są zobowiązane „brać pod uwagę” (*take into account*) orzeczenia strasburskie, co zdaniem Sądu Najwyższego oznacza, że co do zasady Sąd stosuje jasno ustalone orzecznictwo ETPC. Wyjątkowo jednak może się zdarzyć, że Sąd Najwyższy poweźmie obawy czy decyzja Trybunału strasburskiego wystarczająco oceniła lub uwzględniła szczególne aspekty postępowania krajowego. W takich sytuacjach Sąd Najwyższy może odmówić respektowania decyzji ETPC, uzasadniając podjęcie tego kroku. Da to Trybunałowi strasburskiemu okazję do ponownego rozważenia szczególnego aspektu swojej decyzji. W ten sposób będzie mógł mieć miejsce wartościowy dialog pomiędzy sądami²⁹⁹.

Sąd Najwyższy wyraźnie zaprosił ETPC do dialogu, przedstawiając istotne argumenty na poparcie swojego stanowiska w kwestii *hearsay evidence*. ETPC odpowiedział w 2011 r. w wyrokach Wielkiej Izby w sprawach *Al-Khawaja i Tahery*³⁰⁰. Wielka Izba odwróciła orzeczenie Izby i przeanalizowała różne czynniki, które mogą uzasadniać zastosowanie *hearsay evidence*. W rezultacie uznała, że Izba myliła się stwierdzając naruszenie Konwencji w przypadku *Al-Khawaja* lecz utrzymała decyzję w sprawie *Tahery*. Test absolutny został obalony. Uwzględnienie dowodów bez przeprowadzenia przesłuchania przez sąd nie powoduje automatycznie, że proces jest niesprawiedliwy.

11.4.2. Sprawa *Hirst*

Przykładem dialogu zmieniającego jest również sprawa – dotycząca kolejnej drażliwej kwestii, praw wyborczych więźniów do parlamentów krajowego i europejskiego oraz w wyborach

²⁹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 9 grudnia 2009 r. w sprawie *R v. Horncastle & Others*, [2009] UKSC 14.

²⁹⁹ *Ibidem*, pkt 11: „The requirement to „take into account” the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case”.

³⁰⁰ Wyrok ETPC z 15 grudnia 2011 r. w sprawach nr 26766/05 & 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery v. UK*.

samorządowych. W 2005 r. ETPC wydał wyrok w sprawie *Hirst v. UK (No. 2)*³⁰¹, w którym stwierdził naruszenie przez Zjednoczone Królestwo art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC w związku z tym, że prawo brytyjskie przewiduje automatyczne i nieróżnicujące w żaden sposób ograniczenie praw wyborczych osób skazanych na kary pozbawienia wolności. Zakaz jest w istocie blankietowy, ETPC zauważył, że wydając wyroki sądy karne nie wspominały nawet o pozbawieniu praw wyborczych i nie jest jasne, że istniał bezpośredni związek między faktami tego przypadku i prawem do głosowania³⁰². Z wyroku w sprawie *Hirst (No.2)* jasno wynika, że wada ma charakter systemowy, i że Zjednoczone Królestwo musi zmienić ustawę. W związku ze zwłoką w tej kwestii oraz licznymi podobnymi skargami (łącznie 2500) w 2010 r. ETPC wydał wyrok pilotażowy w sprawie *Greens and M.T. v. UK*³⁰³, w którym odnotował trwające naruszenie polegające na niewykonaniu wyroku w sprawie *Hirst (No.2)* i niepoprawieniu ustawy.

Zmiana ustawy zgodnie z orzeczeniem ETPC napotkała w parlamencie brytyjskim na ostry sprzeciw. W związku z tym Komitet Ministrów Rady Europy na wniosek brytyjski, zdecydował się kilka razy przedłużyć zawieszenie orzekania w podobnych sprawach. Argumenty brytyjskie były prezentowane nie tylko w Komitecie Ministrów, ale także w postępowaniu przed ETPC. W wyroku w sprawie *Scoppola (No. 3) v. Italy* z 22 maja 2012 r. ETPC częściowo je uwzględnił.

Trybunał potwierdził co prawda decyzję w sprawie *Hirst (No.2)* podkreślając, że ogólne, automatyczne i bez żadnego różnicowania pozbawienie praw wyborczych wszystkich więźniów bez względu na naturę lub powagę ich przestępstw jest niezgodne z art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. Przyjął jednak argument rządu brytyjskiego interweniującego w tym postępowaniu, że każde państwo ma szeroką swobodę co do tego jak ureguluje zakaz, zarówno co do typu przestępstw, które prowadzą do utraty praw wyborczych, jak i co do tego, czy pozbawienie prawa do głosowania ma być orzekane przez sędziego w konkretnej sprawie lub czy może być skutkiem generalnego stosowania prawa (tj. czy może być dokonywane ustawą). Sprzeciw brytyjski wywarł jednak, choć ograniczony, skutek na interpretację Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Nie jest to jednak koniec sprawy *Hirst*. Okazuje się, że ani rząd ani parlament brytyjski nie mają woli wykonania wyroku ETPC uważając, że pozbawianie praw wyborczych więźniów jest zgodne z poczuciem sprawiedliwości Brytyjczyków i ostatecznie o kształcie zakazu powinen zdecydować nie Trybunał w Strasburgu, lecz brytyjski parlament³⁰⁴.

³⁰¹ Wyrok ETPC z 6 października 2005 r. w sprawie nr 740525/01 *Hirst v. UK (No. 2)*, pkt 82.

³⁰² *Ibidem*, pkt 77.

³⁰³ Wyrok ETPC z 23 listopada 2010 r. w sprawie nr 60041/08 & 60054/08 *Greens and M.T. v. UK*.

³⁰⁴ David Cameron stwierdził, że przyznanie więźniom praw wyborczych przyprawia go o chorobę, (*Prime Minister's Questions, 3rd November 2010*), a później oświadczył: „No-one should be in any doubt: prisoners are not getting the vote under this Government” (*Prime Minister's Questions 24th October 2012*). Izba Gmin w dniu 10 lutego 2011 r. poparła wniosek o utrzymanie zakazu przeważającą większością głosów 234:22. Warto zauważyć, że w sprawie *McGeoch and Chester* Prokurator Generalny ostro wypowiadał się przeciwko wykonaniu wyroku ETPC. Zob. też wcześniejszą wypowiedź Attorney General's speech to BPP Law School 25th October 2012 - <https://www.gov.uk/government/speeches/parliament-and-the-judiciary>

W tej sytuacji zareagował Sąd Najwyższy. W kolejnej sprawie *Chester i McGeoch*³⁰⁵ dotyczącej pozbawienia więźniów prawa do uczestniczenia w wyborach samorządowych i do Parlamentu Europejskiego, nie czekając na nową ustawę³⁰⁶, wydał w 2013 r. wyrok zgodny z orzeczeniem ETPC, konkludując, że pozbawienie skarżących skazanych za poważne przestępstwa praw wyborczych było zgodne z prawem (w sprawie chodziło o więźniów skazanych za morderstwa na kary dożywocia). Sąd Najwyższy zauważył także, że gdyby nawet została uchwalona nowa ustawa to i tak zapewne wprowadziłaby ograniczenie praw wyborczych dla więźniów skazanych za poważne przestępstwa i na wiele lat pozbawianych wolności, co nie jest niezgodne z orzecznictwem ETPC. Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że odstąpienie od ukształtowanego orzecznictwa ETPC, możliwe jest tylko w zupełnie wyjątkowych sytuacjach. Podkreślił, że w ostatnich latach, po wyrokach Izby, miał miejsce wartościowy dialog między sądami brytyjskimi i ETPC³⁰⁷. Pozwala on sądom krajowym na wyrażenie swoich obaw w nadziei, że dobrze uzasadnione argumenty znajdą posłuch w Strasburgu i wpłyną na zmianę stanowiska Trybunału. Inaczej jest jednak, gdy sprawa już była rozstrzygana raz lub więcej przez Wielką Izbę (w tym przypadku dwa razy), odmowa podporządkowania się decyzji strasburskiej musiałaby wiązać się z naprawdę fundamentalną zasadą prawa krajowego lub najbardziej poważnym przeoczeniem lub niezrozumieniem ze strony Trybunału³⁰⁸. Sąd Najwyższy nie bronił zatem blankietowego zakazu istniejącego cały czas w prawie brytyjskim.

³⁰⁵ Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 16 października 2013 r. w sprawie *Chester v. Secretary of State for Justice, McGeoch v. The Lord President of the Council*, [2013] UKSC 63.R.

³⁰⁶ Interesująca jest odpowiedź sędzi Baronesy Hale na argumenty Prokuratora Generalnego, że tylko Parlament władny jest określić prawa wyborcze więźniów. Sędzia Hale potwierdziła kompetencję sądu stwierdzając, że nie mogą tego zrobić Parlamentarzyści, ponieważ nie mają żadnych związków z osobami pozbawionymi praw wyborczych: "[The Attorney General] recognises that it is the court's task to protect the rights of citizens and others within the jurisdiction of the United Kingdom in the ways which Parliament has laid down for us in the Human Rights Act 1998. But insofar as he implied that elected Parliamentarians are uniquely qualified to determine what the franchise should be, he cannot be right. If the current franchise unjustifiably excludes certain people from voting, it is the court's duty to say so and to give them whatever remedy is appropriate. More fundamentally, Parliamentarians derive their authority and legitimacy from those who elected them, in other words from the current franchise, and it is to those electors that they are accountable. They have no such relationship with the disenfranchised. Indeed, in some situations, they may have a vested interest in keeping the franchise as it is" (*Ibidem*, pkt 89).

³⁰⁷ W pkt. 26 Sąd Najwyższy przywołał najpierw wcześniejsze orzecznictwo nawiązujące do dialogu sędziowskiego i możliwości odrzucenia decyzji strasburskiej: „In *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45, [2011] 2 AC 104, para 48 Lord Neuberger summarised the position: "This court is not bound to follow every decision of the European court. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the court to engage in the constructive dialogue with the European court which is of value to the development of Convention law: see e.g. *R v Horncastle* [2010] 2 AC 373. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions by the European court: *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323. But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber. As Lord Mance pointed out in *Doherty v Birmingham City Council* [2009] AC 367, para 126, section 2 of the 1998 Act requires our courts to 'take into account' European court decisions, not necessarily to follow them. Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this court not to follow that line."

³⁰⁸ *Ibidem*, pkt 27: „In relation to authority consisting of one or more simple Chamber decisions, dialogue with Strasbourg by national courts, including the Supreme Court, has proved valuable in re-

Głos w „dyskusji” zabrał po raz kolejny ETPC. W krótkim wyroku z 12 sierpnia 2014 r. w sprawie *Firth et al. v. UK* odmówił przyznania zadośćuczynienia dziesięciu więźniom, którzy odbywali kary pozbawienia wolności w więzieniu w Szkocji w czasie wyborów do Parlamentu Europejskiego w 2009 r., ale potwierdził, że trwające niewywiązanie się ze zobowiązania usunięcia blankietowego zakazu korzystania z praw wyborczych przez więźniów stanowi naruszenie art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC³⁰⁹.

Do wyroku dwóch sędziów dołączyło opinie odrębne, sędziowie Nicolaou oraz Wojtyczek. Obydwie opinie pokazują niekonsekwencje w dotychczasowym orzecznictwie ETPC dotyczącym prawa do głosowania więźniów (sędzia Wojtyczek odsyła także do piśmiennictwa w tej kwestii³¹⁰). Obydwie także wskazują na wynikającą w końcu z orzecznictwa Trybunału zasadę różnicowania statusu więźnia w zależności od rodzaju popełnionego przestępstwa i długości okresu pozbawienia wolności. Sędzia Nicolaou zauważa, że skarżący nie poinformowali sądu o tym, na jakie wyroki, i za jakie przestępstwa zostali skazani, co powoduje, że sąd w zasadzie nie może stwierdzić naruszenia art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. Podobnie argumentuje sędzia Wojtyczek³¹¹ zauważając, że sąd nie zbadał szczególnych okoliczności każdego przypadku i że „blankietowe” ograniczenia praw nie usprawiedliwiają „blankietowego” rozstrzygnięcia.

Rzeczywiście wyrok ETPC stwierdza wyraźnie, że skarżący nie dostarczyli danych dotyczących ich sytuacji prawnej³¹². Wydaje się, że jedyną realną przesłanką dla stwierdzenia naruszenia był fakt, że ustawa brytyjska nie została dotąd zmieniona³¹³.

Bardziej jednak interesujący z naszego punktu widzenia jest problem przyszłości. Widać wyraźnie, że żadna ze stron nie jest gotowa na dalsze ustępstwa. ETPC odnotował co prawda próbę zmiany prawa w Zjednoczonym Królestwie, ale nie ma ona charakteru rewolucyjnego. The United Kingdom Parliament's Joint Committee on the Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill opublikował 18 grudnia 2013 r. Raport i zarekomendował, aby rząd wniósł do Parlamentu projekt w kadencji 2014-15, który wprowadziłby zasadę, że wszyscy więźniowie odbywający kary pozbawienia wolności na 12 miesięcy i niższe, nie są pozbawiani prawa do głosowania we wszystkich rodzajach wyborów lokalnych, parlamentarnych i europejskich. Muszą oni jednak na sześć miesięcy przed zwolnieniem zarejestrować się w okręgu odpowiedzialnym dla zakładu karnego.

cent years. The process enables national courts to express their concerns and, in an appropriate case such as *R v Horncastle*, to refuse to follow Strasbourg case-law in the confidence that the reasoned expression of a diverging national viewpoint will lead to a serious review of the position in Strasbourg. But there are limits to this process, particularly where the matter has been already to a Grand Chamber once or, even more so, as in this case, twice. It would have then to involve some truly fundamental principle of our law or some most egregious oversight or misunderstanding before it could be appropriate for this Court to contemplate an outright refusal to follow Strasbourg authority at the Grand Chamber level.”

³⁰⁹ Wyrok ETPC z 12 sierpnia 2014 r. w sprawie nr 47784/09 i dziewięć innych, *Firth et al. v. UK*.

³¹⁰ Np. Y. Lecuyer, *L'eupéanisation des standards démocratiques*, Rennes 2011, s. 73.

³¹¹ „In the instant case the Court decided, without looking at the specific circumstances of each application, to find a “blanket” violation of Article 3 of Protocol No. 1, based on the assumption that the existence of an overbroad limitation on a right is *per se* a violation of this right even if it were justified in the specific situation of an applicant. I disagree with this approach. “Blanket” restrictions on rights do not justify a “blanket” judicial review”, Opinia odrębna sędziego Wojtyczka, pkt 8.

³¹² Wyrok ETPC z 12 sierpnia 2014 r. w sprawie nr 47784/09 i dziewięć innych, *Firth et al. v. UK*, pkt 6.

³¹³ Zob. *ibidem*, pkt 15.

Nawet, jeśli taka regulacja zostanie przyjęta, nie jest pewne czy zadowolili Trybunał. Jeśli zaś Trybunał ją zaakceptuje będzie to oznaczało jego kapitulację, można się obawiać, że osłabi to autorytet sądu i jego efektywność.

Sędzia Wojtyczek proponuje rozwiązanie, a mianowicie przyjęcie domniemania, że sprawy dotyczące zakresu praw określonych w EKPC, w których rozsądni ludzie poważnie się różnią, powinny być rozstrzygane przez demokratyczne parlamenty, a nie przez sądy krajowe czy międzynarodowe. Domniemanie może być wyjątkowo wzruszone, gdy istnieją poważne powody dla szczególnie gruntownej kontroli sądowej spornych środków³¹⁴.

Dotyczy to zwłaszcza polityki karnej państwa. Sędzia Wojtyczek proponuje w tym obszarze szczególną ostrożność, jego zdaniem, sędziowie nie powinni zastępować parlamentów, o ile system nakładania kar nie jest ani arbitralny, ani w oczywisty sposób nieproporcjonalny i szanuje podstawowe gwarancje zawarte w art. 3 i 7 EKPC³¹⁵.

Wizja sędziego Wojtyczka zmierzająca do ograniczenia prawotwórczej roli sędziów, jednych może przerażać³¹⁶, innym zaś wydawać się rozsądna. Sędzia Wojtyczek nie wyklucza bowiem zaangażowania ETPC, wzywa jedynie do ponownego przeanalizowania problemu. Nie jest to wykluczone, wciąż możliwe jest by sprawą zajęła się Wielka Izba ETPC.

W sprawie *Furundžija* rozpatrywanej przez inny sąd, sędzia Shahabuddeen³¹⁷ słusznie zauważył, że czasami sędziowie przekraczają niebezpieczną linię wychodząc w interpretacji prawa poza właściwe potrzeby sprawy, i pojawia się nagle widmo imperialnego sądownictwa (*the spectre of an imperial judiciary*)³¹⁸. Na płaszczyźnie międzynarodowej jest ono nawet bardziej nie do zaakceptowania niż na krajowej. Tak jest chyba w przypadku prawa do głosowania więźniów.

³¹⁴ Opinia odrębna sędziego Wojtyczka, pkt 7: "In disputes concerning the scope of Convention rights there should be a – rebuttable – presumption that questions on which two or more reasonable persons strongly disagree should be decided by democratic national legislatures rather than by courts, let alone international courts, unless there are serious reasons for a particularly thorough judicial review of the disputed measures."

³¹⁵ *Ibidem*: "It is true that criminal legislation entails by its very nature a serious risk of human rights violations. On the other hand, enacting criminal law is an essential element of legislative power. It is the task of the national legislatures to devise a criminal policy and to translate it into criminal legislation. It is always possible to argue that the same aim could have been achieved by more lenient criminal legislation. As long as the system of sentencing is neither arbitrary nor manifestly disproportionate and respects the fundamental guarantees enshrined in Articles 3 and 7 of the Convention, it is not the role of the judge to substitute his own choices for those of the legislature by proposing an alternative approach in respect of the *ius puniendi*. A reappraisal of the electoral-rights question by the Court would be an opportunity to strike a better balance between the different conflicting rights and conflicting values protected under the Convention."

³¹⁶ W szybkiej reakcji na orzeczenie ETPC, S. Daley zauważyła: "The dissenting opinion of Judge Wojtyczek contains a vision of a European future, which it is hoped will not prevail" (Rights without remedies - Firth and Others v UK, 12/08/2014, http://www.gcnchambers.co.uk/news/rights_without_remedies_firth_and_others_v_uk/ dostęp 13.08.2014.

³¹⁷ Wyrok MTKJ z 21 lipca 2000 r. w sprawie nr IT-95-17/1-A, *Prosecutor v. Furundžija, Declaration of Judge Shahabuddeen*, pkt 7.

³¹⁸ Doktryna wskazuje też np. na *judicial colonialism*, zob. M. Cartabia, „Taking Dialogue Seriously” *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07, s. 16 i n.

12. Podsumowanie

Prawo międzynarodowe pozostaje ciągle systemem szczególnym, w którym luki i niekompletność norm prawnych stosowanych przez sędziów wymaga w wielu przypadkach dokonywania ocen wartościujących, a więc także politycznych. Daje to sędziom międzynarodowym możliwości rozwijania prawa, i w tym sensie jego tworzenia.

Nie wszystkie sądy jednakowo z tych możliwości korzystają. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości jest sądem ostrożnym, czasami przez długie lata rozwija linię orzeczniczą, tak jak w przypadku norm dotyczących delimitacji obszarów morskich. Jego orzeczenia są przewidywalne dla stron i być może wpływa to na sukces tego Trybunału w ostatnich latach. Warto zauważyć, że większość sporów dotyczących delimitacji trafia do MTS, a nie np. do Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza. Z kolei trybunały karne i trybunały praw człowieka w okresie 1990-2014 znacząco rozwinęły ochronę jednostki (prawo humanitarne oraz prawa człowieka).

Naturalnymi narzędziami prawotwórczymi sędziów są interpretacja prawa (zwłaszcza stosowanie wykładni dynamicznej), stwierdzanie istnienia prawa zwyczajowego oraz odwoływanie się do ogólnych zasad prawa. Działalność ta w naturalny sposób musi mieścić się w dopuszczalnych prawem granicach. Granice te wyznacza art. 38 statutu MTS, który powszechnie uznawany jest za wskazujący źródła prawa międzynarodowego. Artykuł ten określa jednak decyzje sądowe tylko jako źródło pomocnicze służące do stwierdzenia istnienia normy prawa międzynarodowego. Tym samym wyroki sądów międzynarodowych nie są traktowane jako formalne źródła – w braku specjalnych wskazań w prawie wiążą one strony tylko w odniesieniu do dotyczącego ich wyroku sądowego. W praktyce decyzje sądowe oddziałują jednak znacznie szerzej. Mogą one mieć silny perswazyjny autorytet i wpływać m.in. na decyzje państw i innych podmiotów prawa międzynarodowego.

Wszystkie sądy powołują się na własne orzeczenia, a także – choć nie robią tego chętnie – na orzeczenia innych sądów. Zdarzające się przypadki dystansowania się od orzeczeń innych sądów lub zmiany własnej linii orzeczniczej wpisują się w konieczność dostosowywania się do potrzeb orzekania w konkretnej sprawie lub szerszych potrzeb społecznych związanych z upływem czasu i zmianami ekonomicznymi, kulturowymi, światopoglądowymi itp.

W związku ze zjawiskiem proliferacji sądów międzynarodowych i brakiem hierarchii między nimi (MTS nie pełni roli sądu ostatniej instancji) pojawia się niebezpieczeństwo odmiennych orzeczeń, co może godzić w jedność i spójność systemu prawa międzynarodowego. Jednak odmienne stanowiska MTKJ w sprawie *Tadić* i MTS nie zagroziły jedności prawa międzynarodowego, pozwoliły natomiast dostrzec być może słabość decyzji MTS albo konieczność modyfikowania zasad w przypadku odpowiedzialności karnej jednostki i odpowiedzialności państwa wobec jednostki.

Brak hierarchii sądów międzynarodowych ma jednak pewne zalety, pozwala nie zgodzić się z innym sądem, przedstawić swoje racje. W rezultacie nowe orzeczenie może zostać potwierdzone przez kolejny sąd. Ostatnio dostrzegalny jest udział sądów międzynarodowych w swoistym dialogu. Przykładem jest orzecznictwo niektórych sądów międzynarodowych, które zaczęły rozwijać konstrukcję norm o charakterze *ius cogens*, co wpłynęło w końcu na niechętny tej koncepcji MTS.

Skoro sądy międzynarodowe rozwijają prawo i wpływają – bezpośrednio (wyrok wiąże strony sporu) i pośrednio – na prawa i obowiązki uczestników stosunków międzynarodowych, to ich działalność wchodzi w zakres wykonywania władzy publicznej. Ta ostatnia musi mieć

odpowiednią legitymację, której podstawę stanowi umocowanie sądu przez państwa, a także przestrzeganie procedury oraz cechy instytucjonalne sądów międzynarodowych (np. sposób powoływania sędziów, prawa dostępu do sądu, transparentność, brak stronniczości). Nie są to jednak elementy, które by wprost upoważniały sądy do dowolności w rozwijaniu prawa międzynarodowego. Istotny w tym względzie jest również element dynamiczny – weryfikowanie decyzji sądów międzynarodowych w drodze kontroli politycznej, społecznej, a także kontroli dokonywanej przez sądy krajowe, w tym w kontekście aksjologicznym.

Specyficznym i nowym zjawiskiem jest udział sądów krajowych w dialogu z sądami międzynarodowymi. Sądy krajowe coraz częściej stosują prawo międzynarodowe, powołują się na orzeczenia sądów międzynarodowych, uczestniczą w procesie tworzenia prawa zwyczajowego. Kontestują one jednak czasami decyzje sądów międzynarodowych i wpływają na ich zmianę. W tym kontekście można mówić o ich udziale w międzynarodowym procesie prawotwórczym. Te nowe zjawiska mają nie tylko swoje pozytywne strony, stwarzają one bowiem niebezpieczeństwo podważenia podstaw prawa międzynarodowego, zwłaszcza gdy sąd krajowy odmawia wykonania wyroku sądu międzynarodowego odwołując się do norm prawa krajowego, tak jak np. zrobił to ostatnio włoski Trybunał Konstytucyjny.

Praktyka ostatnich lat uwidacznia znaczny wzrost roli dyskursywnego procesu tworzenia prawa międzynarodowego. Wyznacza on ważną granicę prawotwórczej działalności sądów międzynarodowych. Jest nią akceptowalność ich decyzji przez pozostałych uczestników stosunków międzynarodowych, przede wszystkim przez państwa, które są twórcami prawa międzynarodowego i których politycznym celem musi ono odpowiadać. Mimo że tworzenie prawa przez sądy międzynarodowe ma jedynie ograniczony i pośredni charakter, to jednak ich rola w twórczej interpretacji i rozwijaniu prawa międzynarodowego pozostaje znacząca.

Literatura

1. Alvarez J. E., *Nuremberg Revisited: The Tadić Case*, European Journal of International Law 1996, vol. 7
2. Arcari M., *The Creeping Constitutionalization and Fragmentation of International Law: From „Constitutional” to „Consistent” Interpretation*, Polish Yearbook of International Law 2013
3. Balcerzak M., Kałduński M., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 23 marca 2010 r., 15869/02*, Europejski Przegląd Sądowy 2010 nr 11
4. Balcerzak M., *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008
5. Balcerzak M., *Zakres ochrony życia seksualnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011
6. Benvenisti E., Downs G.W., *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, (w:) A. von Bogdandy, I. Venzke (red.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg 2012
7. Biehler G., *Procedures in International Law*, Berlin Heidelberg 2008
8. Bilder R. B., *The United States and the World Court in the Post „Cold War” Era*, Catholic University Law Review 1991, vol. 40, nr 2
9. Bodansky D., *Non liquet and the incompleteness of international law*, (w:) L. Boisson de Chazournes, P. Sands (red.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge 1999
10. Bogdandy A. von, Venzke I., *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer 2012
11. Bogdandy A. von, Venzke I., *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, German Law Journal 2011/2012, vol. 12 nr 5
12. Bos M., *The identification of custom in International Law*, German Yearbook of International Law 1982, vol. 25
13. Brierly J.L., *The Law of the Nations*, Clarendon Press 1963
14. Brownlie I., *Principles of Public International Law*, wyd. 7, Oxford 2008
15. Cahier P., *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*, (w:) J. Makarczyk (red.), *Theory of International law at the Threshold of the 21st Century, Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague-London-Boston 1996
16. Carreau D., *Droit international*, wyd. 8, Paris 2004
17. Cartabia M., *„Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper 12/07
18. Cassese A., *International Criminal Law* 2003, s. 126.
19. Cassese A., *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, European Journal of International Law 2000, vol. 11
20. Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953
21. Crawford J., *Chance, Order, Change: The Course on International Law*, General Course on Public International Law, Hague Academy of International Law, 2013, Recueil des cours, vol. 365
22. Crawford J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* 2002

23. Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 3, Warszawa 2014
24. Darcy S., Powderly J., *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford 2010
25. Dawidowicz M., *The Effect of Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on Costa Rica v. Nicaragua*, *Leiden Journal of International Law* 2011, vol. 24, nr 1
26. Dworkin R., *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press 1986
27. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth 1977
28. Fikfak V., *Judicial Strategies and Their Impact on the Development of the International Rule of Law*, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge 2014, nr 25
29. Fitzmaurice G., *Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge*, *British Yearbook of International Law* 1961, vol. 37
30. Franck T., *Legitimacy in the International System*, *American Journal of International Law*, 1988, vol. 82
31. Franck T., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford 1990
32. Gaja G., *General Principles of Law*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com
33. Gardner J., *Law as a Leap of Faith*, Oxford 2012
34. Gibson Ch. S., Drahozal Ch. R., *Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration*, *Journal of International Arbitration* 2006, vol. 23, nr 6
35. Ginsburg T., *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, *Virginia Journal of International Law* 2004-2005, vol. 45
36. Ginsburg T., *International Law Making*, www.law.berkeley.edu/files/spring05_Ginsburg.pdf /dostęp 16.08.2014/
37. Giorgetti Ch., *The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden-Boston 2012
38. Gourgourinis A., *The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, *Journal of International Dispute Settlement* 2011, vol. 2, nr 1
39. Guillaume G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, *Journal of International Dispute Settlement* 2011, vol. 2, nr 1
40. Hart H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 1958, vol. 71, nr 4
41. Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, wyd. 2, 1994
42. Hemptinne J. de, *L'Évolution des fonctions du juge pénal international et le développement du droit international humanitaire*, *European Society of International Law, Conference Paper No. 10/2013*, vol. 3 nr 1
43. Hernández G. I., *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford 2014
44. Hoogh A. de, *Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the Tadić Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia*, *British Yearbook of International Law* 2002, vol. 72
45. Jacob M., *Precedents: Lawmaking through International Adjudication*, *German Law Journal* 2011, vol. 12, nr 5
46. Jaenicke G., *The Interpretation of the Law of the Sea Convention in the Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. I, cz. 2
47. Jennings R. Y., *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, vol. 45

48. Jennings R., Watts A. (red.), *Oppenheim`s International Law*, vol. I Peace, wyd. 9, London, New York 1996
49. Kennedy D., *A Critique of Adjudication: (Fin De Siècle)*, Cambridge 1997
50. Kmiec K. D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review 2004, vol. 92
51. Kolb R., *Interprétation et création du droit international*, Collection de droit international, Bruxelles 2006
52. Kolb R., *Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)*, NILR 2006, vol. 53
53. Kooijmans P., *The ICJ in 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Policy*, International and Comparative Law Quarterly 2007, vol. 56
54. Koskeniemi M., Leino P., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, Leiden Journal of International Law 2002, vol. 15, nr 3
55. Kranz J., *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009
56. Kwiecień R.,: *Glosa do opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 22 lipca 2010 r. w sprawie zgodności z prawem międzynarodowym jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2010, nr 3
57. Lachs M., *A few thoughts on the independence of judges of the International Court of Justice*, Columbia Journal of Transnational Law 1987, vol. 25, nr 3
58. Lachs M., *Some Reflections on the Nationality of Judges of the International Court of Justice*, Pace Yearbook on International Law, vol. 4, nr 1
59. Lammers J. G., *General Principles of Law Recognized by Civilised Nations*, (w:) F. Kalshoven, P. J. Kuyper, J. G. Lammers (red.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* 1980
60. Lauterpacht E., *The Juridical and Meta-Juridical in International Law*, (w:) J. Makarczyk (red.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague 1996
61. Lauterpacht H., *Function of Law in the International Community*, Oxford 1933
62. Lauterpacht H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Oxford 1927
63. Lauterpacht H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1958
64. Lecuyer Y., *L`européanisation des standards démocratiques*, Rennes 2011
65. Llamzon A.P., *Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice*, European Journal of International Law 2008, vol. 18 nr 5
66. Lucak N., *Georgia v. Russian Federation: a Question of the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Maryland Journal of International Law 2012, vol. 5, nr 22
67. MacWhinney E., *Judicial Settlement of Disputes: Jurisdiction and Justiciability*, Recueil des Cours. Académie de Droit International 1990-II, 1991
68. Meron T., *Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua`s fall-out*, American Journal of International Law 1998, vol. 92
69. Meron T., *The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience*, American Journal of International Law 2000, vol. 94
70. Mettraux G., *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford 2005
71. Mik C., *Jus Cogens in Contemporary International Law*, Polish Yearbook of International Law 2013
72. Mik C., *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, (w:) J. Białkocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga Jubileuszowa Prof. dra hab. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004

73. Milanović M., *A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law*, Journal of Conflict and Security Law 2009, vol. 14, nr 3
74. Müllerson R., *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals: Comments*, (w:) R. Wolfrum, V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin Heidelberg New York 2008
75. Nollkaemper A., *The legitimacy of international law in the case law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, (w:) T. Vandamme, J. H. Reestman (red.), *Ambiguity in the Rule of Law, The Interface between National and International Legal Systems*, Amsterdam 2001
76. Oellers-Frahm K., *Lawmaking Through Advisory opinions?*, (w:) *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer 2012, s. 87.
77. Orakhelashvili A., *Questions of International Judicial Jurisdiction in LaGrand Case*, Leiden Journal of International Law 2002, vol. 15
78. Orakhelashvili A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, European Journal of International Law 2003, vol. 14
79. Paulus A., *a Comparative Look at Domestic Enforcement of International Tribunal Judgments*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 2009, vol. 103
80. Paulus A., *Germany*, (w:) D. Sloss, D. Jinks (red.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: a Comparative Study* 2008
81. Posner E. A., Figueredo M. F. P. de, *Is the International Court of Justice Biased?*, Journal of Legal Studies 2005, vol. 34, nr 2
82. Posner E. A., Yoo J. C., *Judicial Independence in International Tribunals*, California Law Review 2005, vol. 93, nr 1
83. R. Mackenzie, P. Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, Harvard International Law Journal 2003, vol. 44, nr 1
84. Ray S., *Domesticating International Obligations: How to Ensure U.S. Compliance with the Vienna Convention on Consular Relations*, California Law Review 2003, vol. 91
85. Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID*, Kluwer Law International 2011
86. Reisman W. M., *Has the International Court Exceeded its Jurisdiction?*, American Journal of International Law 1986, vol. 80
87. Romano C. P. R., *a Taxonomy of International Rule of Law Institutions*, Journal of International Dispute Settlement 2011, vol. 2, nr 1
88. Romano C. P. R., *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, New York University Journal of International Law & Politics 1999, vol. 31
89. Rosenne S., *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford 2005
90. Rousseau Ch., *Droit international public*, Tome I, *Introduction et sources*, Paris 1970
91. Ruiz Fabri H., Sorel J.M. (red.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris 2010,
92. Sassoli M. and Olson L M., *The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits of the Tadić case*, International Review of the Red Cross 2000, vol. 82
93. Scharf M., *The International Trial of Slobodan Milosevic: Real Justice or Realpolitik?*, ILSA Journal of International & Comparative Law 2002, vol. 8
94. Scholtz W., Ferreira G., *Much Ado About Nothing? The SADC Tribunal's Quest for the Rule of Law Pursuant to Regional Integration*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2011, vol. 71

95. Shahabuddeen M., *Precedent in the World Court: Hersch Lauterpacht Memorial Lectures 1996*; *idem*, *Consistency in Holdings by International Tribunals*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. I, cz. 2
96. Shanny Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford 2003
97. Shapiro M., *Judges as Liars*, Harvard Journal of Law & Public Policy 1994, vol. 17
98. Sheik M., *From Breard to Medellín: Supreme Court Inaction or ICJ Activism in the Field of International Law?*, California Law Review 2006, vol. 94, nr 2
99. Shelton D., *Form, Function, and the Powers of International Courts*, The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 54
100. Shetreet S., Forsyth Ch. (red.), *The Culture of Judicial Independence: conceptual foundations and practical challenges*, Martinus Nijhoff Publishers 2012
101. Skrzydło J., *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Toruń 2013
102. Slaughter A.M., *A Typology of Transjudicial Communication*, University of Richmond Law Review 1994, vol. 29
103. Slaughter A.M., *The Global Community of Courts*, Harvard International Law Journal 2003, vol. 44
104. Slaughter A.M., *a New World Order*, Princeton 2004
105. Staden A. von, *The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*, Jean Monnet Working Paper 10/11
106. Stariene L., *Cudak v. Lithuania and the European Court of Human Rights approach to the state immunity doctrine*, ISSN 2029–2058 (online) Jurisprudencija/Jurisprudence 2010, Mykolo Romeris Universitetas 2(120)
107. Swart M., *Is There a Text in This Court? The Purposive Method of Interpretation and the ad hoc Tribunals*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2010, vol. 70
108. Swart M., *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena printers 2006
109. Swart M., *Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2010, vol. 70
110. Thirlway H., *Judicial Activism and the International Court of Justice*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Leiden 2002, vol. I
111. Thirlway H., *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford 2013, vol. 1
112. Tomuschat Ch., *International Courts and Tribunals*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com
113. Treves T., *Judicial Lawmaking in an Era of „Proliferation” of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?*, (w:) R. Wolfrum, V. Roeben (red.) *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin 2005
114. Treves T., *Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals*, (w:) R. Wolfrum, V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin Heidelberg New York 2008
115. Treves T., *Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective*, Agenda Internacional Año XVI, N° 27, 2009
116. Venzke I., *The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation* (June, 20 2011), Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review

117. Venzke I. (red.), *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford 2012
118. Voeten E., *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization 2007
119. Voeten E., *Borrowing and Nonborrowing among International Courts*, *The Journal of Legal Studies* 2010, vol. 39, nr 2
120. Warrioba Sinde J., *Monitoring Compliance and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2001, vol. 5
121. Widlak T., *Klauzula Martensa na tle pojęcia "ludzkość" w prawie międzynarodowym*, (w:) *Międzynarodowe prawo humanitarne*, t. III, Gdynia 2012
122. Wiśniewski A., *o aktywizmie sędziowskim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych*, A. Wyrozumska (red.), Łódź 2014
123. Zarbiyev F., *Judicial Activism in International Law – a Conceptual Framework Analysis*, *Journal of International Dispute Settlement* 2012, vol. 3, nr 2
124. Zimmermann A., Tomuschat Ch., Oellers-Frahm K., *Commentary to the Statute of the International Court of Justice*, Oxford 2006

Orzecznictwo

1. Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyler v. UK*
2. Wyrok ETPC z 17 października 1986 r. w sprawie nr 9532/81, *Ress v. UK*
3. Wyrok ETPC z 7 lipca 1989 r. w sprawie nr 14038/88, *Soering v. UK*
4. Decyzja EKPC z 9 stycznia 1990 r. w sprawie nr 13258/87, *M & Co. v. Germany*
5. Wyrok ETPC z dnia 27 września 1990 r. w sprawie nr 10843/84, *Cossey v. UK*
6. Wyrok ETPC z 23 marca 1995 r. w sprawie nr 15318/89 *Loizidou v. Turkey*
7. Wyrok ETPC z 22 kwietnia 1997 r. w sprawie nr 21830/93, *X., Y. and Z. v. UK*
8. Wyrok ETPC z 30 lipca 1998 r. w sprawach połączonych nr 31–32/1997/815–816/1018–1019, *Sheffield and Horsham v. UK*
9. Wyrok ETPC z 18 lutego 1999 r. w sprawie nr 24833/94, *Matthews v. UK*
10. Wyrok ETPC z 10 maja 2001 r. w sprawie nr 25781/94, *Cyprus v. Turkey*
11. Wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 371112/97, *Fogarty v. UK*
12. Wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 35763/97, *Al-Adsani v. UK*
13. Wyrok ETPC z 11 lipca 2002 r. w sprawie nr 28957/95, *Christine Goodwin v. UK*
14. Decyzja ETPC z 12 grudnia 2002 r. w sprawie nr 59021/00, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*
15. Wyrok ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie nr 48787/99, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*
16. Wyrok ETPC z 12 maja 2005 r. w sprawie nr 46221/99, *Öcalan v. Turkey*
17. Wyrok ETPC z 30 czerwca 2005 r. w sprawie nr 45036/98, *Bosphorus Airways v. Ireland*
18. Wyrok ETPC z 6 października 2005 r. w sprawie nr 740525/01 *Hirst v. UK (No. 2)*
19. Wyrok ETPC (Izba) z 3 listopada 2009 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*.
20. Wyrok ETPC z 23 marca 2010 r. w sprawie nr 15869/02, *Cudak v. Lithuania*
21. Wyrok ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawach nr 26766/05 & 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery v. UK*
22. Wyrok ETPC z 23 listopada 2010 r. w sprawie nr 60041/08 & 60054/08 *Greens and M.T. v. UK*.
23. Wyrok ETPC z 29 czerwca 2011 r. w sprawie nr 34869/05 *Sabeh El Leil v. France*
24. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 18 marca 2011 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*
25. Wyrok ETPC z 15 grudnia 2011 r. w sprawach nr 26766/05 & 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery v. UK*

26. Decyzja ETPC z 23 października 2012 r. w sprawie nr 34880/12, *Ramaer and van Wiligen v. the Netherlands*
27. Wyrok ETPC z 12 sierpnia 2014 r. w sprawie nr 47784/09 i dziewięć innych, *Firth et al. v. UK*
28. Decyzja **MTKJ** z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić*
29. Opinia i wyrok MTKJ z 7 maja 1997 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić*
30. Wyrok MTKJ z 16 listopada 1998 r. w sprawie nr IT-96-21-T, *Prosecutor v. Delalić*
31. Wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 r. nr IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundžija*
32. Wyrok MTKJ z 15 lipca 1999 r. w sprawie nr IT-94-1-A, *Prosecutor v. Tadić*
33. Wyrok MTKJ z 14 stycznia 2000 r. w sprawie nr IT-95-16-T, *Prosecutor v. Kupreškić*
34. Wyrok MTKJ z 21 lipca 2000 r. w sprawie nr IT-95-17/1-A *Prosecutor v. Furundžija*
35. Wyrok MTKJ z 20 lutego 2001 r. w sprawie nr IT-96-21-A, *Prosecutor v. Delalic*
36. Wyrok MTKJ z 22 lutego 2001 r. w sprawie nr IT-96-23-T & IT-96-23/1, *Prosecutor v. Kunarac*
37. Decyzja MTKJ z 11 grudnia 2002 r. w sprawie nr IT-99-36-AR73.9, *Prosecutor v. Brdjanin* (Decision on Interlocutory Appeal)
38. Wyrok MTKJ z 5 grudnia 2003 r. w sprawie nr IT-98-29-T, *Prosecutor v. Stanislav Galić*
39. Wyrok MTKJ z 30 listopada 2006 r. w sprawie nr IT-98-29-A, *Prosecutor v. Stanislav Galić*
40. Opinia doradcza **MTPC** z 6 grudnia 1991 r. w sprawie nr OC-12/91, *Compatibility of Draft Legislation with Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights*, (Ser. A) No. 12 (1991)
41. Opinia doradcza MTPC z 16 lipca 1993 r. w sprawie nr OC-13/93, *Certain Attributes of the Inter-American Commission on Human Rights* (Ser. A) No. 13 (1993)
42. Opinia doradcza MTPC z 9 grudnia 1994 r. w sprawie nr OC-14/94, *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights)*, (Ser. A) No. 14 (1994)
43. Opinia doradcza MTPC z 14 listopada 1997 r. w sprawie nr OC-15/97, (Ser. A) No. 15 (1997)
44. Wyrok MTPC z 29 lipca 1988 r. w sprawie *Velásquez Rodríguez*, (Ser. C) No. 4 (1988)
45. Opinia doradcza MTPC z 28 sierpnia 2002 r. w sprawie nr OC-17/02, *Juridical status and human rights of the child*, (Ser. A) No. 17 (2002)
46. Opinia doradcza MTPC z 17 września 2003 r. w sprawie nr C-18/03, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, (Ser. A) No. 18 (2003)
47. Opinia doradcza MTPC z 28 listopada 2005 r. w sprawie nr OC-19/05, *Control of Legality in the Practice of Authorities of the Inter-American Commission of Human Rights*, (Ser. A) No. 19 (2005)
48. Wyrok MTPC z 29 listopada 2006 r. w sprawie *La Cantuta v. Perú*
49. Opinia doradcza MTPC z 29 września 2009 r. w sprawie nr OC-20/09, *Article 55 of the American Convention On Human Rights*, (Ser. A) No. 20 (2009)
50. Wyrok **MTPM** z 1 lipca 1999 r. w sprawie *Saiga (No. 2)*
51. Wyrok **MTS** w sprawie *North Sea Continental Shelf* (Germany v. Denmark and the Netherlands), ICJ Reports 1969
52. Wyrok MTS w sprawie *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970
53. Wyrok MTS w sprawie *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland) (Merits), ICJ Reports 1974
54. Opinia doradcza MTS w sprawie *Western Sahara*, ICJ Reports, 1975

55. Wyrok MTS w sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), ICJ Reports 1980
56. Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf* (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), ICJ Reports 1982
57. Wyrok MTS w sprawie *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. USA), ICJ Reports 1984
58. Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta) (Application by Italy for Permission to Intervene), ICJ Reports 1984
59. Wyrok MTS w sprawie *Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), ICJ Reports 1985
60. Wyrok MTS w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986
61. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen* (Denmark v. Norway), ICJ Reports 1993
62. Opinia Doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996
63. Opinia Doradcza MTS w sprawie *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports 1996
64. Wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997
65. Postanowienia MTS z 9 kwietnia 1998 r. oraz 10 listopada 1998 r. w sprawie *The Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States of America), ICJ Reports 1998 (tzw. sprawa *Breard*)
66. Wyrok MTS w sprawie *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Preliminary Objections) (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 1998
67. Wyrok MTS w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001
68. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 2001
69. Opinia doradcza MTS w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004
70. Wyrok MTS w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2004
71. Wyrok MTS w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Congo v. Uganda), ICJ Reports 2005
72. Wyrok MTS w sprawie *Armed Activities on the Territory of Congo* (Congo v. Ruanda), ICJ Reports 2006
73. Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007
74. Wyrok MTS w sprawie *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), ICJ Reports 2007
75. Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Preliminary Objections)(Croatia v. Serbia), ICJ Reports 2008
76. Wyrok MTS w sprawie *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ Reports 2009
77. Wyrok MTS w sprawie *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2009
78. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation in the Black Sea* (Romania v. Ukraine), ICJ Reports 2009

79. Opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010
80. Wyrok MTS w sprawie *Application of International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, ICJ Reports 2011
81. Wyrok MTS w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), ICJ Reports 2012
82. Wyrok MTS w sprawie *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012
83. Wyrok MTS w sprawie *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), ICJ Reports 2012
84. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Dispute* (Peru v. Chile), ICJ Reports 2014
85. Wyrok **STSM** w sprawie *German Interests in Polish Upper Silesia* (Germany v. Poland), PCIJ 1926, Ser. A, nr 7
86. Wyrok STSM w sprawie *The S.S. „Lotus”* (France v. Turkey), PCIJ 1927, Ser. A, nr 10
87. Wyrok **Trybunału ICSID** (International Centre for Settlement of Investment Disputes) z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr ARB(AF)/98/3, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*
88. Wyrok **Trybunału SADC** z 28 listopada 2008 r. w sprawie nr 2
89. Wyrok **TSUE** (Sądu) z 21 września 2005 r. w sprawie T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie i Komisji*
90. Wyrok TSUE z 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 *Mangold*
91. Wyrok TSUE z 16 października 2007 r. w sprawie C-411/05 *Palacios de la Villa*
92. Wyrok TSUE z 3 września 2008 r. w sprawach połączonych C-402/05 P i C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi oraz Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie*
93. Wyrok TSUE z 23 września 2008 r. C-427/06 *Bartsch*
94. Wyrok TSUE z 3 grudnia 2009 r. w sprawach połączonych C-399/06 P i C-403/06 P *Hassan i Ayadi przeciwko Radzie i Komisji*
95. Wyrok TSUE z 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 *Küçükdeveci*
96. Wyrok TSUE z 19 lipca 2012 r. w sprawie C-154/11 *Ahmed Mahamdia przeciwko Algierskiej Republice Ludowo-Demokratycznej*
97. Decyzja **WTO** (The Appellate Body) z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie nr WT/DS/344/AB/R, *US anti-dumping measures and designed stainless steel*
98. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego **Czech** w sprawie nr 2012/01/31 - Pl. ÚS 5/12
99. Wyrok Sądu Najwyższego **Izraela** z 30 czerwca 2004 r. w sprawie nr 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and Commander of the IDF Forces in the West Bank*
100. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego **Niemiec** z 29 maja 1974 r. w sprawie nr 2 BvL 52/71, tzw. *Solange I*
101. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 22 października 1986 r. w sprawie nr 2 BvR 197/83, tzw. *Solange II*
102. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 12 października 1993 r. w sprawie nr 2 BvR 2134, 2159/92, tzw. *Maastricht-Urteil*
103. Decyzja Niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego (BGH) z 7 listopada 2001 r. w sprawie nr 5 StR 116/01
104. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 19 września 2006 r. w sprawie nr 2 BvR 2115/01
105. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 6 lipca 2010 r. w sprawie nr 2 BvR 2661/06
106. Wyrok Najwyższego Sądu Apelacyjnego **Republiki Południowej Afryki** z 20 września 2012 r. w sprawie nr 657/11, *Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*

107. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki z 27 czerwca 2013 r. w sprawie nr 101/12, *Government of the Republic of Zimbabwe v. Fick and Others*
108. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego **Węgier** w sprawie nr 988/E/2000, AB, ABH 2003
109. Wyrok Trybunału Kasacyjnego **Włoch** z 9 sierpnia 2012 r. w sprawie nr 32139/2012
110. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Włoch z 22 października 2014 r. w sprawie nr 238/2014
111. Wyrok Sądu Najwyższego **USA** z 24 lutego 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803)
112. Wyrok Court of Criminal Appeals of Oklahoma z 6 września 2005 r. w sprawie nr PCD-2004-442, *Torres v. State*
113. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 28 czerwca 2006 r. w sprawie nr 548 U.S. 331 (2006), *Sanchez-Llamas v. Oregon*
114. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 25 marca 2008 r. w sprawie nr 128 S. Ct. 1346 (2008), *Medellin v. Texas*
115. Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 9 grudnia 2009 r. w sprawie nr [2009] UKSC 14, *R v. Horncastle & Others*,
116. Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 16 października 2013 r. w sprawie *Chester v. Secretary of State for Justice, McGeoch v. The Lord President of the Council*, [2013] UKSC 63.R

Określanie własnej kompetencji przez sądy międzynarodowe – granica czy przejaw swobody orzeczniczej?

Anna Czaplńska

Spis treści

1. Wprowadzenie (83)
2. Kilka uwag o terminologii i metodologii (84)
3. Postawy interpretacyjne sądów międzynarodowych w ocenie własnej jurysdykcji (88)
 - 3.1. Przemilczanie lub ignorowanie kwestii kompetencyjnych (88)
 - 3.2. Postawa wstrzeźliwości interpretacyjnej (91)
 - 3.3. Aktywizm interpretacyjny w celu uzasadnienia własnej kompetencji (97)
 - 3.4. Aktywizm interpretacyjny w celu uzasadnienia braku lub ograniczenia kompetencji (101)
4. Podsumowanie (103)

1. Wprowadzenie

Normy regulujące kompetencje sądów międzynarodowych wydają się wyznaczać najbardziej naturalną granicę ich orzeczniczej swobody. To one determinują, jakimi sprawami, o spornym czy niespornym charakterze, dany organ w ogóle może się zajmować, jakie przesłanki muszą zostać spełnione, aby mógł rozpatrywać sprawę i wydać rozstrzygnięcie *ad meritum*. Jednak ocena tego, czy w konkretnej sprawie warunki ustanowione przez normy kompetencyjne są wypełnione, leży w gestii samego sądu, do którego sprawa wpływa. To uprawnienie sądów międzynarodowych nazwane zostało „kompetencją kompetencji” (fr. *compétence de la compétence*, niem. *Kompetenz-Kompetenz*, ang. *competence-competence*) i ma ono, co dziś nie wzbudza już kontrowersji, charakter zasady wynikającej z samej istoty wykonywania przez sądy ich funkcji¹. Zgodnie z jej treścią każdy międzynarodowy organ sądowy jest wyłącznie właściwy do rozstrzygnięcia wszelkich sporów czy wątpliwości dotyczących istnienia i zakresu jego kompetencji w odniesieniu do danej sprawy. W przeciwnym razie, jak słusznie podkreśla D. Shelton, sądy międzynarodowe musiałyby albo przyjmować wszystkie sprawy do nich kierowane, bez względu na ewentualne zarzuty braku jurysdykcji, albo automatycznie odrzucać każdą sprawę, w której takie zarzuty zostałyby podniesione².

¹ Zob. D. Shelton, *Form, Function and the Powers of International Courts*, Chicago Journal of International Law 2009, vol. 9, s. 456-457; C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague 2003, s.127; T. T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, wyd. 2., Warszawa 2009, s. 160. Zob. też wyrok MTS w sprawie *Nottebohm* (Lichtenstein v. Guatemala), ICJ Reports 1953, s. 111, 119-120.

² D. Shelton (przypis 1), s. 457.

W konsekwencji sądy międzynarodowe same rozstrzygają o swojej właściwości, na podstawie wiążących je norm prawa międzynarodowego regulujących ich kompetencje. Pod względem formalnym te normy nie różnią się od innych norm międzynarodowopravných. Tworzone są w taki sam sposób, w większości wypadków zawarte w umowach międzynarodowych lub innych instrumentach ustanawiających te sądy lub trybunały (np. uchwałach/aktach organizacji międzynarodowych). Zdarzają się wśród nich także normy o charakterze zwyczajowym czy ogólne zasady prawa (jak choćby sama *compétence de la compétence* czy zasada kompetencji przyznanych). Tak samo jak inne normy uzyskują i tracą moc wiążącą. Zatem sądy międzynarodowe, aby zastosować normy regulujące ich kompetencje, muszą dokonać ich interpretacji, korzystając z tych samych, uznanych metod i podlegając tym samym regułom wykładni, co w przypadku orzekania *ad meritum* w sprawie.

Celem naszych rozważań w ramach niniejszego opracowania jest ustalenie, w jaki sposób sądy międzynarodowe interpretują normy określające ich jurysdykcję, a także samą zasadę kompetencji kompetencji oraz jakie czynniki mogą mieć wpływ na rozszerzający bądź zawężający charakter takiej wykładni. W konsekwencji, staramy się określić zakres swobody sądów międzynarodowych w sytuacjach, gdy decydują one o uznaniu bądź nieuznaniu własnej właściwości.

2. Kilka uwag o terminologii i metodologii

Precyzyjne zdefiniowanie przedmiotu niniejszego opracowania wymaga wyjaśnienia na samym początku kilku problemów terminologicznych. Zarówno w tekstach prawnych, jak i w pracach doktryny odnoszących się do międzynarodowego sądownictwa, na określenie możliwości zajęcia się przez sąd czy trybunał daną sprawą używa się całego wachlarza pojęć. W języku polskim, co można zauważyć już choćby we wprowadzeniu do naszych rozważań, przewijają się terminy: jurysdykcja, właściwość, kompetencja, dopuszczalność. Nie inaczej jest w innych językach (np.: ang. *jurisdiction, competence, admissibility*; fr. *jurisdiction, compétence, recevabilité*; niem. *Zuständigkeit, Kompetenz, Zulässigkeit*). Pojęcia te nie zawsze są stosowane konsekwentnie, nawet przez ten sam podmiot czy autora, czy konsekwentnie tłumaczone na inne języki. Ich zakresy znaczeniowe bywają tożsame, ale mogą też krzyżować się, nawzajem uzupełniać, a nawet wyłączać. I doktryna, i same sądy dostrzegają istnienie tych terminologicznych rozbieżności i ewentualne trudności stąd wynikające³. Nie jest naszym celem – w ramach niniejszych rozważań – szczegółowa analiza sposobów użycia poszczególnych wyrazów przez różne posługujące się nimi podmioty/autorów. Zagadnienie to z powodzeniem mogłoby stanowić temat odrębnego opracowania. Nie podejmujemy się również tworzenia opisowych, abstrakcyjnych definicji tych pojęć. Często bowiem jedne z nich definiuje się za pomocą drugich (np. „jurysdykcję” jako „kompetencję sądu”), co może prowadzić albo do powstawania łańcuchów tautologii, albo – jeśli chce się ich uniknąć – do

³ Zob. C. F. Amerasinghe (przypis 1), s. 58 i n.; T. T. Koncewicz (przypis 1), s. 71 i n.; S. Rosenne, *International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com, pkt. 1-2. Por. też np. wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Jurisdiction and Admissibility) (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 1995, pkt. 16 i n. oraz 45 i n.; wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003, pkt 29.

formułowania kolejnych definicji, coraz bardziej skomplikowanych, a coraz mniej zrozumiałych⁴. Praktyczna przydatność zarówno jednych, jak i drugich, w rozwiązywaniu sygnalizowanych wcześniej problemów wydaje się wątpliwa. Dlatego też ograniczamy się tylko do próby wyjaśnienia i uporządkowania relacji między terminami stosowanymi dla potrzeb niniejszego opracowania.

Prima facie najszersze znaczenie wydaje się mieć pojęcie jurysdykcji, które używane jest nie tylko w odniesieniu do sądów, ale dla określenia władzy państwowej w ogóle (jako tworzącej, stosującej i egzekwującej prawo) lub ustanowionego przez nią porządku prawnego⁵. Jednak biorąc pod uwagę jego etymologiczną genezę, tj. łacińską paremię *iudicis est ius dicere, non dare*, wbrew temu co piszą i Ch. F. Amerasinghe, i T. T. Koncewicz⁶, należałoby uznać, że pierwotne jest węższe rozumienie terminu „jurysdykcja”, wyrażające istotę funkcji władzy sądowniczej. W naszych rozważaniach (nie podważając poprawności jego użycia *sensu largo*) posługujemy się nim przede wszystkim w tym węższym znaczeniu, odnoszącym się tylko do sądów, w naszym przypadku – sądów międzynarodowych.

Zatem pojęcie jurysdykcji w swoim pierwotnym znaczeniu określa podstawową funkcję władzy sądowniczej. Jednocześnie jest ono, zwłaszcza w dziedzinie prawa międzynarodowego, używane także w innym kontekście, dla oznaczenia zakresu czy rodzaju spraw, którymi może zajmować się dany sąd, a który wyznaczany jest przez odwołanie do tych samych kryteriów dla każdego międzynarodowego sądu/trybunału⁷. W takim ujęciu można uznać je za tożsame z pojęciem właściwości, którym częściej posługujemy się w języku polskim (zwłaszcza na gruncie prawa wewnętrznego, w odniesieniu do funkcji sądów krajowych⁸). Pierwsze kryterium, w oparciu o które wyznacza się jurysdykcję (właściwość) międzynarodowego sądu czy trybunału ma charakter podmiotowy: pozwala na wskazanie kręgu podmiotów uprawnionych do skutecznego wniesienia sprawy do sądu (zarówno w sprawach o charakterze spornym, jak i niespornym), a także podmiotów, przeciwko którym jest to możliwe. Kryterium drugie stanowi przedmiot wnoszonych spraw. Ostatnie, trzecie kryterium to czas. Problem czasu jest istotny nie tylko dla oceny dotrzymania proceduralnych terminów do wystąpienia ze skargą czy roszczeniem. W sądownictwie międzynarodowym, w którym podstawą kompetencji sądu jest, co do zasady, zgoda zainteresowanych podmiotów⁹, znaczenie ma również ustalenie, czy zdarzenie będące przedmiotem sprawy nastąpiło w okresie czasu objętym tą zgodą. Jurysdykcję sądów międzynarodowych trzeba zatem rozpatrywać w trzech wymiarach: *ratione personae*, *ratione materiae* oraz *ratione temporis*.

Odmienne od jurysdykcji i właściwości znaczenie należy przypisać pojęciu dopuszczalności/niedopuszczalności (sprawy). W istocie dopuszczalność odnosi się do innego niż jurysdykcja aspektu, czy nawet innego (kolejnego) etapu wykonywania funkcji orzeczniczej przez sąd międzynarodowy. Termin dopuszczalność (lub niedopuszczalność) określa bowiem konse-

⁴ Por. T. T. Koncewicz (przypis 1), s. 72 i n., zwłaszcza 75.

⁵ Tak np. C. F. Amerasinghe (przypis 1), s. 52 i n.

⁶ *Ibidem*; T. T. Koncewicz (przypis 1), s. 72; żaden z nich nie cytuje całej przytoczonej tu paremii.

⁷ Por. sposób definiowania właściwości sądu krajowego przez W. Broniewicza, *Polskie postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1999, s. 118 i n.

⁸ Zob. np. *ibidem*.

⁹ Praktyka pokazuje, że np. w międzynarodowym sądownictwie karnym mogą, w szczególnych przypadkach, zostać przyjęte rozwiązania odbiegające od tej zasady (np. utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ czy ustanowienie jurysdykcji MTK w sprawach wnoszonych do niego przez Radę Bezpieczeństwa).

kwencję wystąpienia (bądź nie) jakiegoś faktu, zadziałania (bądź nie) jakiegoś czynnika, ziszczenia się (bądź nie) jakiegoś zdarzenia – z którymi normy prawne regulujące funkcjonowanie danego sądu lub trybunału wiążą możliwość (prawo, obowiązek) rozpatrywania przez ten organ danej sprawy¹⁰. Skutkiem braku jurysdykcji jest więc niedopuszczalność – tj. niemożność prowadzenia i rozstrzygnięcia *ad meritum* danej sprawy przez sąd. W praktyce sądów międzynarodowych obserwuje się dwojakie podejście do relacji kwestii jurysdykcji i dopuszczalności. Jedne (Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości – *dalej* MTS, Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza – *dalej* MTPM) przyjmują, że stanowią one odrębne zagadnienia, a dopuszczalność (*admissibility*) obejmuje czynniki, które powodują, że sąd, mimo że dana sprawa należy do zakresu jego jurysdykcji, nie może jej rozstrzygnąć¹¹. Warunki dopuszczalności są więc w tym ujęciu czymś innym niż przesłanki jurysdykcji. Inne (Trybunał Sprawiedliwości UE – *dalej* TSUE, Europejski Trybunał Praw Człowieka – *dalej* ETPC) uznają, że badanie jurysdykcji sądu stanowi jeden z elementów oceny dopuszczalności sprawy¹². Czynniki wyznaczające zakres jurysdykcji sądu są, z tego punktu widzenia, jedną z kategorii przesłanek dopuszczalności. Poza nimi normy regulujące funkcjonowanie danego sądu mogą określać także inne warunki dopuszczalności (niedopuszczalności) sprawy, np. konieczność wyczerpania drogi wewnętrznej, nadużycie prawa do wystąpienia ze skargą, *res iudicata*, wadliwość czynności postępowania, itp. To, czy owe dodatkowe warunki zostaną przyjęte, a jeśli tak – jakie, zależy od charakteru i celu powstania konkretnego organu, a także od charakteru spraw należących do ich jurysdykcji i rodzaju procedur, w ramach których wykonują swoje funkcje. Mogą zatem być uregulowane odmiennie dla każdego sądu czy trybunału¹³. Trudno byłoby więc porównywać sposób ich interpretacji w orzecznictwie różnych sądów międzynarodowych, skoro dany czynnik jako przesłanka dopuszczalności występowałby np. w statucie tylko jednego z nich.

Z tych względów w niniejszej pracy koncentrujemy się na jurysdykcji (właściwości) w ścisłym znaczeniu i jej trzech wymiarach: podmiotowym, przedmiotowym i temporalnym. W taki sposób daje się określić zakres jurysdykcji każdego sądu międzynarodowego. Zatem możliwe jest analizowanie i porównywanie tego, jaką wykładnię sądy te przyjmują w odniesieniu do własnej jurysdykcji i jej poszczególnych aspektów. Jednocześnie, ponieważ zarówno brak jurysdykcji sądu w danej sprawie, jak i wystąpienie jakiegokolwiek innej okolicz-

¹⁰ Koncepcja dopuszczalności może odnosić się nie tylko do sprawy/postępowania sądowego w ogóle, ale także do poszczególnych czynności sądu, dowodów, itp.

¹¹ Zob. np. wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms* (przypis 3), pkt 29. Por też na ten temat C.F. Amerasinghe (przypis 1), s. 241 i n.

¹² W odniesieniu do TSUE por. też T. T. Koncewicz (przypis 1), s. 202 i n.

¹³ Np. przesłanka wyczerpania drogi wewnętrznej jest warunkiem dopuszczalności postępowania ze skargi indywidualnej przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, ale już nie skargi międzypaństwowej przed tym samym sądem. Co do zasady jest to również kryterium podjęcia przez państwo opieki dyplomatycznej i wystąpienia z roszczeniem w celu ochrony własnych obywateli przeciwko innemu państwu; jednak w przypadku szczególnej konstrukcji procesowej, jak postępowanie w sprawie niezwłocznego zwolnienia statku (*prompt release*, art. 292 Konwencji NZ o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz. U. 2002 nr 59 poz. 543), mimo że wywodzi się ono z klasycznej opieki dyplomatycznej, warunek wyczerpania drogi wewnętrznej nie ma zastosowania - zob. wyrok MTPM z 7 lutego 2000 r. w sprawie nr 5, *Camouco* (Panama v. France), pkt. 55 i n. Wreszcie, w odniesieniu do międzynarodowych trybunałów karnych, mimo że przedmiotem ich jurysdykcji jest odpowiedzialność jednostki, warunek wcześniejszego wyczerpania drogi wewnętrznej jest wyłączony, gdyż sądy te wykonują swoje funkcje niejako w zastępstwie krajowego wymiaru sprawiedliwości.

ności wyłączającej jej dopuszczalność skutkują niemożnością rozstrzygnięcia sprawy przez ten sąd, nie uważamy za uzasadnione i potrzebne zawężania znaczenia dopuszczalności tylko do czynników innych niż sama jurysdykcja. Opowiadamy się więc za szerokim rozumieniem pojęcia dopuszczalności, obejmującym również przesłanki kształtujące zakres jurysdykcji sądu jako jedną z kategorii warunków dopuszczalności. W takim też ujęciu będziemy posługiwać się tym pojęciem w niniejszym opracowaniu.

Terminy „dopuszczalność” i „niedopuszczalność” opisują to, co dzieje się przed sądem – także międzynarodowym – raczej z perspektywy zainteresowanych podmiotów, zwłaszcza tego, kto wnosi sprawę do sądu, a także (w postępowaniach spornych) tego, przeciwko komu ją wniesiono, niż samego sądu. Z punktu widzenia sądu można natomiast określić tę samą sytuację odwołując się do pojęcia kompetencji, jako posiadanie lub brak kompetencji sądu do rozstrzygnięcia sprawy. W takim ujęciu i „kompetencja”, i „dopuszczalność” odnoszą się więc do dwóch stron tego samego zagadnienia – możliwości prowadzenia i rozstrzygnięcia danej sprawy przez dany sąd. Termin „kompetencja” będziemy zatem rozumieć jako oznaczający uprawnienie (czasem jednocześnie obowiązek) sądu międzynarodowego do rozpatrzenia sprawy, zarówno wtedy, kiedy uprawnienie to, w odniesieniu do danego sądu, determinuje jego jurysdykcja (właściwość), jak i inne czynniki należące do szeroko rozumianych przesłanek dopuszczalności. Jednak w ramach niniejszego opracowania zajmujemy się, jak już wskazywano, kompetencją sądów międzynarodowych wynikającą z podmiotowego, przedmiotowego i temporalnego zakresu ich jurysdykcji. Badamy, w jaki sposób sądy i trybunały międzynarodowe interpretują samą kompetencję kompetencji oraz normy dotyczące ich jurysdykcji i jak, w efekcie, wyznaczają granice własnej kompetencji orzeczniczej. Ze względu na takie ujęcie, tj. kompetencji jako konsekwencji jurysdykcji, może się zdarzyć, że pojęcia te będą używane zamiennie w kontekstach, w których brak rozróżnienia między nimi nie jest merytorycznie istotny.

Niniejsze rozważania obejmują problemy jurysdykcyjne pojawiające się w ciągu ostatnich dwudziestu lat w orzecznictwie międzynarodowych sądów i trybunałów o kompetencji ogólnej i szczególnej, o zasięgu światowym i regionalnym (europejskim): MTS, MTPM, TSUE, ETPC, organów rozstrzygania sporów Światowej Organizacji Handlu (*dalej* organy WTO), międzynarodowych trybunałów karnych¹⁴, a także (choć w ograniczonym stopniu) Stałego Trybunału Arbitrażowego¹⁵. Naszym celem jest jednak nie tyle przedstawienie podejścia każdego z organów z osobna do zagadnienia własnej jurysdykcji, ile sprawdzenie, czy można stwierdzić w tym zakresie pomiędzy nimi jakiegokolwiek podobieństwa i prawidłowości. Stąd w kolejnych częściach niniejszego opracowania nie prezentujemy poszczególnych sądów i ich „kompetencyjnego” orzecznictwa, lecz przedstawiamy postawy, jakie przyjmują one w odniesieniu do wykładni zasady kompetencji kompetencji, zakresu własnej jurysdykcji i wyznaczania granic swojej kompetencji orzeczniczej. Na podstawie analizy niezwykle bogatego materiału źródłowego udało się nam zidentyfikować cztery takie postawy interpretacyjne: postawę przemilczania/ignorowania kwestii kompetencyjnych, postawę interpretacyjnej wstrzeźliwości, postawę aktywizmu interpretacyjnego w celu uzasadnienia własnej kompetencji (jurysdykcji) oraz postawę aktywizmu interpretacyjnego w celu uzasadnienia braku lub ograni-

¹⁴ Przede wszystkim Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (*dalej* MTKJ), Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (*dalej* MTKR).

¹⁵ Ponieważ nasze zainteresowania ograniczają się do problematyki prawa międzynarodowego publicznego, analizowane były tylko orzeczenia w sprawach międzypaństwowych.

czenia kompetencji/jurysdykcji. Zaznaczyć przy tym od razu należy, że nie każdy z badanych organów przyjmuje wszystkie te podejścia. Jest również tak, że pewne postawy są bardziej typowe dla jednych sądów międzynarodowych, inne dla drugich. Wreszcie, o przyjęciu przez różne sądy podobnie przez nas zaklasyfikowanych postaw mogą decydować odmienne czynniki i cele, jakie w konsekwencji sądy te chcą osiągnąć.

3. Postawy interpretacyjne sądów międzynarodowych w ocenie własnej jurysdykcji

3.1. Przemilczanie lub ignorowanie kwestii kompetencyjnych

Zdarza się czasem, że sąd międzynarodowy, pomimo pojawienia się wątpliwości co do pewnych kwestii dotyczących jego jurysdykcji, nie podejmuje się ich wyjaśnienia. Takie podejście jest najrzadsze spośród wyodrębnionych przez nas postaw interpretacyjnych. Różni się od nich także jakościowo: można się zastanawiać, czy w ogóle można mówić o „postawie interpretacyjnej” w sytuacji, gdy jej konsekwencją jest to, że sąd po prostu unika wykładni zagadnień jurysdykcyjnych. Dlatego zdecydowaliśmy się zacząć kluczową część naszych rozważań właśnie od niego.

Przyjęcie takiej „milczącej postawy” może wynikać z różnych przyczyn, tak samo jak różne mogą być jego skutki. Czasem jest ona rezultatem świadomej decyzji sądu, który uznaje, że rozstrzygnięcie danej kwestii dotyczącej jurysdykcji nie ma znaczenia dla ustalenia jego kompetencji w danej sprawie. W takiej sytuacji sąd wydaje się kierować względami ekonomiki procesowej. Chodzi mu nie tyle o uniknięcie orzekania w sprawie, ile o uniknięcie konieczności dokonywania wykładni zagadnienia, które wydaje mu się nieistotne. Przykładem takiego podejścia może być opinia doradcza MTPM, dotycząca obowiązków państw poręczających w odniesieniu do działalności prowadzonej w Obszarze¹⁶. Zgodnie z art. 191 Konwencji o Prawie Morza z 1982 r. Izba Sporów Dotyczących Dna Morskiego MTPM wydaje opinie doradcze na wniosek Zgromadzenia lub Rady Organizacji Dna Morskiego „w kwestiach prawnych powstałych w zakresie ich działalności”. W przedmiotowej sprawie Rada ODM, w związku z wykonywaniem swojej kompetencji do zatwierdzania planów pracy dotyczących prowadzenia działalności w Obszarze zwróciła się do Trybunału z wnioskiem o opinię na temat zakresu obowiązków państw poręczających za podmioty prowadzące taką działalność. Izba rozpoczęła od zbadania *proprio motu* własnej kompetencji do wydania opinii i właściwie bez żadnych wątpliwości uznała, że sprawa należy do jej jurysdykcji¹⁷. Jednak kwestia, która w tym miejscu najbardziej nas interesuje, została przez nią zakwalifikowana jako dotycząca dopuszczalności (*admissibility*)¹⁸. W istocie chodzi jednak nie o dopuszczalność wydania opinii (która zależy od spełnienia pewnych obiektywnych kryteriów), a o charakter samej kompetencji do jej wydania – obligatoryjny czy dyskrecyjny. Niektórzy uczestnicy postępowania podnosili bowiem, że MTPM powinien wypowiedzieć się również na ten temat, tj. czy, przy założeniu, że sprawa należy do zakresu jego jurysdykcji, Trybunał ma obowiązek wydać opi-

¹⁶ Opinia doradcza Izby Sporów Dotyczących Dna Morskiego MTPM z 1 lutego 2011 r. w sprawie nr 17, *Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*.

¹⁷ *Ibidem*, pkt. 31 i n.

¹⁸ *Ibidem*, pkt. 46 i n.

nię, czy też jest to uprawnienie, którego wykonanie zależy od jego swobodnego uznania. Wątpliwości te pojawiły się na tle różnicy pomiędzy sformułowaniem przepisowego zawartego w Konwencji o Prawie Morza (wspomniany art. 191), w którym użyto określenia *shall give advisory opinions* a stanowiącym jego pierwowzór art. 65 ust. 1 statutu MTS, który stanowi, że MTS *may give advisory opinions*¹⁹. MTS wielokrotnie i konsekwentnie przedstawiał wykładnię tego fragmentu art. 65 ust. 1, wyjaśniając dyskrecjonalność swojej kompetencji opiniodawczej, a jednocześnie samoograniczając zakres tej swobody²⁰. Stąd wyjaśnienia tej kwestii oczekiwano również od MTPM. Przy tym należy wspomnieć, że MTS w żaden sposób nie sugeruje nawet, że problem ten należy rozpatrywać jako element dopuszczalności, ale używając w odniesieniu do niego określeń takich jak „stosowność” (*propriety*) czy uznaniowość (*discretion*), traktuje go (podobnie jak my) jako odrębne zagadnienie kompetencyjne²¹.

MTPM wybrał jednak inną niż MTS drogę. Izba stwierdziła, że wprowadzicie zdaje sobie sprawę z różnicy w sformułowaniu obu przepisów, nie uważa jednak za potrzebne wypowiadać się o konsekwencjach tej różnicy w odniesieniu do kwestii dopuszczalności w przedmiotowej sprawie²². Uczestnicy postępowania, którzy podnosili ten problem, wskazywali bowiem, że konsekwencją owej różnicy jest obligatoryjny charakter kompetencji MTPM wynikającej z art. 191 Konwencji: jeśli Trybunał uzna, że ma jurysdykcję do wydania opinii doradczej, nie może swobodnie zdecydować o odmowie jej wydania i musi rozpatrzyć wnioski. Izba uznała więc, że dokonywanie wykładni sformułowania miałyby jakikolwiek sens tylko wtedy, gdyby zamierzała odstąpić (mimo stwierdzenia jurysdykcji) od wydania opinii i szukała w tym celu argumentów. Jednak w braku takiego zamiaru, tego rodzaju interpretacja okazała się zbędna. O przyjęciu milczącej postawy zdecydowały więc w tym przypadku względy procesowej efektywności, ale być może także trochę względy „polityki wizerunkowej” MTPM, chęć zaprezentowania się przez Trybunał jako międzynarodowy sąd, którego zadaniem jest rozstrzygnięcie kwestii prawnych, a nie podejmowanie „decyzji politycznych”, czy stosowne jest wydanie opinii, czy nie. Choć, z drugiej strony, Izba mogła, równie krótko i zwięźle stwierdzić, że użycie terminu *shall* oznacza obowiązek wydania opinii, jeśli spełnione są kryteria jurysdykcji. Czemu zamiast dokonać wykładni gramatycznej w duchu sędziowskiej wstrzemięźliwości wybrała niejednoznaczne, jak się okazuje, milczenie? Chyba właśnie dlatego, by uniknąć ostatecznych rozwiązań na przyszłość. Milcząca postawa pozwala więc czasem sądowi uniknąć i zarzutu nadmiernej wstrzemięźliwości, i posądzenia o zbyt daleko idący aktywizm.

¹⁹ Podkreślenie autorki. Odwołujemy się bezpośrednio do sformułowań tekstów autentycznych, gdyż oficjalne polskie teksty obu umów nie do końca oddają istotę tej różnicy (art. 191 KPM: „wydaje opinie doradcze”; ale art. 65 statutu MTS: „władny jest udzielać opinii doradczych”).

²⁰ Zob. m.in. opinia doradcza MTS w sprawie *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950, s. 71-72; opinia doradcza MTS w sprawie *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (tzw. sprawa Mazilu), ICJ Reports 1989, pkt. 37 i n.; opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, pkt. 14 i n.; opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, pkt. 29 i n. Szerzej zob. pkt 3.3 niniejszego opracowania.

²¹ *Ibidem*.

²² Zob. opinia MTPM w sprawie *Responsibilities* (przypis 16), pkt 48: „While noting the difference between the wording of article 191 of the Convention and article 65 of the Statute of the ICJ, the Chamber does not consider it necessary to pronounce on the consequences of that difference with respect to admissibility in the present case.”

Zdarza się jednak i inny rodzaj milczenia, kiedy organ orzekający nie zauważa (świadomie ignoruje?), że pojawiająca się w sprawie sporna kwestia w istocie stanowi problem jurysdykcyjny. Interesujący przykład takiej postawy odnajdujemy w orzecznictwie organów rozstrzygania sporów WTO, w sprawie dotyczącej Wspólnot Europejskich i klasyfikacji celnej pewnych rodzajów sprzętu komputerowego²³. Stany Zjednoczone zarzuciły Wspólnotom Europejskim niezgodną z prawem WTO zmianę klasyfikacji celnej w odniesieniu do niektórych rodzajów sprzętu komputerowego (urządzeń sieciowych/LAN oraz komputerów osobistych z funkcjami multimedialnymi). Analogiczne zarzuty przedstawiły USA oddzielnie także w stosunku do Zjednoczonego Królestwa oraz Irlandii. Wobec odmowy podjęcia konsultacji w ramach systemu rozstrzygania sporów WTO przez całą trójkę, USA wystąpiły z odrębnymi wnioskami o powołanie trzech odrębnych paneli dla rozwiązania sporów²⁴. W odpowiedzi na najwcześniejszy wniosek został najpierw utworzony panel w sprawie przeciwko WE. Następnie (wnioski przeciwko państwom były nieco późniejsze) Organ Rozstrzygania Sporów WTO zdecydował, że zamiast powoływania kolejnych odrębnych paneli, rozszerzony zostanie mandat już istniejącego, który w efekcie zajmie się również wnioskami przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Irlandii. Jednak w tytule sprawy znalazło się odwołanie tylko do Wspólnot Europejskich. USA w toku postępowania podnosiły, że tytuł ten powinien zostać zmieniony tak, by uwzględniał również pozostałych pozwanych, tj. na *European Communities, Ireland and the United Kingdom - Increases in Tariffs on Certain Computer Equipment*²⁵. Konsekwentnie USA podtrzymywały również odrębne zarzuty wobec obu państw i domagały się stwierdzenia odrębnie w stosunku do wszystkich pozwanych naruszeń ich zobowiązań wynikających z art. II ust. 1 GATT. Z kolei WE, w odpowiedzi, podkreślały, że takie stanowisko USA wprowadza w błąd co do podmiotowego zakresu sprawy²⁶. Wspólnoty argumentowały, że panel w sprawie został powołany, przy założeniu, iż to one odpowiedzą także na zarzuty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Irlandii, ponieważ państwa nie mogą, według WE, być stronami w tym sporze²⁷. Sprawy celne na gruncie prawa Wspólnot Europejskich (dziś Unii Europejskiej) należą do materii objętej wyłączną kompetencją wspólnotową. Konsekwencją tego na poziomie WTO (a wcześniej GATT) jest brak indywidualnych regulacji tariff i ulg celnych poszczególnych państw członkowskich, które zastępuje wspólna dla nich wszystkich regulacja wspólnotowa, wiążąca w stosunkach z innymi partnerami w ramach Światowej Organizacji Handlu²⁸. W istocie zatem między WE a USA powstał spór co do podmiotowego zakresu jurysdykcji panelu w przedmiotowej sprawie.

Jednak organ WTO w ogóle nie zauważył, że mógł (i naszym zdaniem powinien był) potraktować tę kwestię jako problem własnej jurysdykcji i kompetencji, choć taki kierunek wskazywała także argumentacja WE. Rozpatrywał ją za to w kontekście „tytułu sprawy” oraz jako element badania sprawy już *ad meritum*²⁹. Panel odmówił wnioskowanej przez USA zmiany tytułu sprawy, ale nie dlatego, że Zjednoczone Królestwo i Irlandia nie mogły być ad-

²³ Raport panelu z 5 lutego 1998 r. w sprawie nr WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (USA v. European Communities), http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds62_e.htm.

²⁴ *Ibidem*, pkt. 1.1-1.6.

²⁵ *Ibidem*, pkt 5.3.

²⁶ *Ibidem*, pkt. 4.9 i n.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, pkt. 4.10-4.11.

²⁹ *Ibidem*, pkt. 8.15 i n.

resatami skargi, a dlatego, że z jednej strony, ze względu na ułatwienie identyfikacji sprawy, pożądane jest, aby raz nadany tytuł pozostał niezmienny przez całe postępowanie (zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji)³⁰. Z drugiej strony panel podkreślał, że ponieważ w oznaczeniu sprawy, obok tytułu, wskazane są sygnatury wniosków USA przeciwko wszystkim trzem pozwanym, nie może być wątpliwości ani nieporozumień co do przedmiotu (*substance*) sporu³¹. Jednak to właśnie takie rozumowanie panelu rodzi poważne wątpliwości. Odwołanie do sygnatur sugeruje, że uznaje on wszystkie trzy podmioty za odrębne strony postępowania. Jednak w poprzedzającym akapicie panel stwierdza, że skoro WE, Zjednoczone Królestwo i Irlandia są związane tymi samymi regulacjami celnymi, to jego analiza koncentruje się na tym, czy „władze celne we Wspólnotach Europejskich, włącznie z usytuowanymi w Zjednoczonym Królestwie i w Irlandii” nie naruszyły zobowiązań wynikających z tych regulacji³². To kolei przemawiałoby za potraktowaniem WE i państw jako jedności. Należy również dodać, że w szczegółowej przedmiotowej analizie panel do kwestii statusu pozwanych państw i podmiotowej strony sprawy już nie wraca, nie odnosi się do nich wyraźnie również w swoich ostatecznych merytorycznych konkluzjach, które wskazują wyłącznie na naruszenie dokonane przez WE³³. Takie, miejscami wewnątrznie sprzeczne, ujęcie wydaje się świadczyć o niezrozumieniu przez organ orzekający istoty problemu.

Milczenie sądu międzynarodowego odnośnie do problemów własnej kompetencji sprawia chyba najwięcej kłopotów, jeśli chodzi o ocenę powodów przyjęcia takiej postawy. Zwłaszcza, że nie zawsze do końca wiadomo, czy jest to działanie celowe i świadome, czy przeciwnie, wynika z ludzkiego błędu, niezauważenia czy niezrozumienia problemu. Trzeba jednak podkreślić, że postawa milczenia nie jest częsta wśród sądów międzynarodowych, a jeśli już się zdarzy, to ma charakter ograniczony, dotyczy zwykle tylko pewnego elementu badania własnej jurysdykcji/kompetencji, ale nie jej ustalenia w ogóle³⁴. Świadczyć to może o szerokiej akceptacji w sądownictwie międzynarodowym stanowiska, zgodnie z którym, nawet w braku odpowiedniej wyraźnej regulacji, badanie własnej jurysdykcji z urzędu, *proprio motu*, jest obowiązkiem sądu³⁵.

3.2. Postawa wstrzemięźliwości interpretacyjnej

Drugą postawę, jaką udało się nam wyodrębnić w podejściu sądów międzynarodowych do zagadnienia własnej kompetencji można określić jako wstrzemięźliwość interpretacyjną. W większości prac poświęconych sądownictwu międzynarodowemu, w szczególności funkcji sądów lub wykładni prawa, wstrzemięźliwość (*restraint*) przeciwstawia się sędziowskiemu aktywizmowi³⁶.

³⁰ *Ibidem*, pkt 8.17.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, pkt 8.16.

³³ *Ibidem*, pkt. 9.1-9.2.

³⁴ Np. organy rozstrzygania sporów WTO często nie badają wnikliwie aspektu podmiotowego jurysdykcji, ale bardzo szczegółowo analizują swoją jurysdykcję przedmiotową, czego przykład stanowi także powoływana tu sprawa *European Communities – Customs Classification* (przypis 23).

³⁵ Por. C. F. Amerasinghe (przypis 1), s. 189 i n.

³⁶ Zob. m.in. H. Thirlway, *Judicial Activism and the International Court of Justice*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Leiden 2002, s. 76; P. Kooijmans *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism or Proactive Policy?* In-

Zgodnie z poglądem G. Fitzamurice'a możliwe są dwa podstawowe podejścia sądów do określenia własnej funkcji³⁷. Według pierwszego z nich, podstawowym, jeśli nie jedynym obowiązkiem sędziego jest rozstrzygnąć sprawę przy minimalnym nakładzie słów (*with the minimum of verbiage*) potrzebnych do tego celu i na tym poprzestać. Według drugiego, właściwym zadaniem sędziego, obok należytego rozpatrzenia sprawy (opartego na odpowiednim uzasadnieniu), jest, nie wychodząc przesadnie poza jej zakres, wykorzystać te jej aspekty, które wzbudzają szersze zainteresowania lub skojarzenia, aby formułować ogólne wypowiedzi o prawie oraz zasady, które mogą prawo ulepszać i rozwijać³⁸. Pierwsze podejście określa się jako sędziowską wstrzeźliwość (*judicial restraint*), drugie – jako sędziowski aktywizm (*judicial activism*). Jednak, jak słusznie zauważa H. Thirlway, ujęcie koncepcji sędziowskiej wstrzeźliwości poprzez tak rygorystyczne zdefiniowanie funkcji sądu wymagałoby od niego, nawet jeżeli istnieje wiele czynników uzasadniających określone rozstrzygnięcie sprawy, wyboru jednego z nich i oparcia swojej decyzji tylko na nim, pozostawiając pozostałe bez wyjaśnienia³⁹. Zasady ekonomiki procesowej stałyby się więc podstawową dyrektywą pracy sądów. Wszystko, co wychodziłoby poza ramy konieczne dla rozwiązania sprawy stanowiłoby sędziowski aktywizm.

Z kolei A. Wiśniewski wyjaśnia postawy aktywizmu i wstrzeźliwości przez odwołanie do dwóch podstawowych w teorii prawa doktryn stosowania prawa: ideologii decyzji związanej i ideologii decyzji swobodnej⁴⁰. Pierwsza, utożsamiana z koncepcją sędziowskiej wstrzeźliwości, zakłada, że decyzje podejmowane przez sędziego w procesie stosowania prawa powinny być oparte wyłącznie na przepisach prawa oraz na faktach, z którymi te przepisy wiążą konkretne skutki prawne⁴¹. Sędzia nie może więc ani tworzyć, ani uzupełniać czy korygować prawa. Za to zgodnie z drugą doktryną, z którą identyfikuje się postawę sędziowskiego aktywizmu, sędzia podejmuje decyzję zarówno na podstawie argumentów prawnych, jak i pozaprawnych, bowiem ze względu na niejednoznaczność i niezupełność norm prawa stosowanie prawa wiąże się z poszukiwaniem, a nawet z tworzeniem prawa w procesie decyzyjnym. W konsekwencji, jeśli obowiązujące prawo w sposób oczywisty naruszałoby fundamentalne wymogi sprawiedliwości i racjonalności sędzia mógłby skorygować je w drodze wykładni, odstąpić od jego stosowania, a nawet stworzyć nowe normy⁴².

Trudno jednak skorzystać z któregośkolwiek z tych sposobów definiowania wstrzeźliwości i aktywizmu, gdy chodzi o stosowanie przez sąd międzynarodowy norm regulujących jego własną jurysdykcję, gdy przedmiotem decyzji, którą ma podjąć jest to, czy w ogóle ma on kompetencję do rozstrzygnięcia sprawy, czy też nie. Propozycja G. Fitzmaurice'a spraw-

ternational and Comparative Law Quarterly 2007, vol. 56, s. 742; F. Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, Journal for International Dispute Settlement 2012, vol. 2, s. 2; T. T. Koncewicz (przypis 1), s. 219 i n.

³⁷ G. Fitzmaurice, *Hersh Lauterpacht – The Scholar as Judge*, British Yearbook of International Law 1961, vol. 37, s. 14-15.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ H. Thirlway (przypis 36), s. 76.

⁴⁰ A. Wiśniewski, *O aktywizmie sędziowskim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) A. Wyrozumka (red.) *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014, s. 2.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, s. 2-3. Zob. też L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 285-314. W tym duchu wypowiada się również K. Skubiszewski w swojej opinii odrębnej do wyroku MTS w sprawie *East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, pkt. 43 i n.

dzic się może w stosunku do problemów, które pojawiają się już po rozstrzygnięciu o jurysdykcji (gdy decyzja ta jest pozytywna). Ponadto impulsem do rozszerzającej wykładni norm kompetencyjnych rzadko kiedy bywa pragnienie formułowania „ogólnych wypowiedzi o prawie oraz zasad, które mogą prawo ulepszać i rozwijać” (może z wyjątkiem tych odnoszących się do zasady kompetencji kompetencji). Natomiast ujęcie A. Wiśniewskiego bardziej przydaje się w wyjaśnianiu postaw wstrzemięźliwości i aktywizmu na poziomie prawa wewnętrznego, w którym w zasadzie treść normy prawnej utożsamia się z treścią przepisu⁴³ i którego normy (jako „pisane”, zawarte właśnie w przepisach aktów prawnych) są dużo bardziej precyzyjne. W prawie międzynarodowym i w przypadku norm pisanych, i niepisanych konieczna jest rekonstrukcja treści normy prawnej na podstawie różnych czynników, m.in. różnych wersji językowych tekstów prawnych, prac przygotowawczych, innych norm prawnych (w tym prawa krajowego) czy praktyki państw i innych podmiotów prawa międzynarodowego. W konsekwencji każda próba interpretacji i stosowania norm prawa międzynarodowego, wychodząca poza wykładnię gramatyczną, ocierałaby się o aktywizm. Tymczasem, co znalazło odzwierciedlenie w art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (*dalej* KWPT), to z samej natury prawa międzynarodowego wynika konieczność posługiwania się równoległe różnymi metodami wykładni i uwzględniania także czynników pozaprawnych przy ustalaniu właściwej treści stosowanej normy⁴⁴. Rezultat takiej interpretacji nie zawsze ma charakter aktywistyczny, często stanowi wyraz właśnie sędziowskiej wstrzemięźliwości. Teza ta potwierdza się w szczególności w przypadku wykładni norm kompetencyjnych przez sądy międzynarodowe.

Dobrym przykładem takiej postawy jest wykładnia pojęcia sądu w prawie UE wypracowana w orzecznictwie TSUE w odniesieniu do regulacji procedury pytania prejudycjalnego⁴⁵. Jego zdefiniowanie było kluczowe dla określenia podmiotowego zakresu jurysdykcji Trybunału w ramach tego rodzaju postępowania, pozwalało bowiem w konsekwencji na ocenę, czy dany podmiot/organ może z pytaniem wystąpić. W wyroku w sprawie C-506/04 *Wilson przeciwko Ordre des avocats du barreau* Trybunał podsumował w najpełniejszy sposób swój dotychczasowy dorobek w tym zakresie (a jednocześnie rozciągnął go na całe prawo Unii):

„47 w celu zapewnienia skutecznej ochrony sądowej praw przyznanych dyrektywą 98/5 organ rozpatrujący odwołania od decyzji o odmowie rejestracji, o których mowa w art. 3 tej dyrektywy, powinien odpowiadać pojęciu sądu w rozumieniu przyjętym w prawie wspólnotowym.

48 Pojęcie to zostało ograniczone w orzecznictwie Trybunału dotyczącym pojęcia sądu krajowego w rozumieniu art. 234 WE przez określenie pewnych kryteriów, jakim musi odpowiadać organ, jak powołanie na podstawie ustawy, stały charakter, wyłączna właściwość do rozpatrywania określonego rodzaju sporów, kontradiktoryjność postępowania i stosowanie przepisów prawa (zob. podobnie w szczególności wyroki z dnia 10 czerwca 1966 r. w sprawie 61/65 *Vaassen-Göbbels*, Rec. str. 377, 395, i z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 *Dorsch Consult*, Rec. str. I-4961, pkt 23), a także niezawisłość i bezstronność (zob. podobnie w szczególności wyroki

⁴³ Sam A. Wiśniewski też wydaje się używać tych pojęć zamiennie – s. 2-3 (przypis 40).

⁴⁴ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990, załącznik do nru 74, poz. 439.

⁴⁵ Obecny art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (*dalej* TFUE), wersja skonsolidowana, uwzględniająca zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony podpisanym w dniu 13 grudnia 2007 r., Dz. Urz. UE 2010 Nr C 83, s. 47. Akapit drugi art. 267 stanowi: „W przypadku gdy pytanie z tym związane jest podniesione przed **sądem** jednego z Państw Członkowskich, **sąd** ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania.”

z dnia 11 czerwca 1987 r. w sprawie 14/86 Pretore di Salò przeciwko X, Rec. str. I-2545, pkt 7; z dnia 21 kwietnia 1988 r. w sprawie 338/85 Pardini, Rec. str. 2041, pkt 9, i z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 De Coster, Rec. str. I-9445, pkt 17)⁴⁶.

TS dokonując wykładni pojęcia sądu od samego początku musiał mieć na uwadze potrzebę zapewnienia spójnego i efektywnego funkcjonowania procedury pytań prejudycjalnych w stosunku do wszystkich państw członkowskich (których liczba stopniowo rosła). Aby ten cel osiągnąć, Trybunał musiał zniwelować problemy wynikające z językowej różnorodności i odmienności prawnych tradycji poszczególnych państw członkowskich. Dlatego odwołuje się do kryteriów dotyczących charakteru i funkcji organów występujących z pytaniem, które przyjął uwzględniając przedmiot i cel samej procedury pytań prejudycjalnych. TSUE nie wychodzi poza to co jest niezbędne do zapewnienia rzeczywistej możliwości realizacji celu i efektywności przebiegu tego postępowania – i to właśnie, a nie dążenie do wyznaczenia jak najszerszego czy najwęższego zakresu własnej jurysdykcji stanowi jego główne dążenie. Jednocześnie zdarzają się sytuacje, gdy Trybunał dość elastycznie traktuje ustanowione przez siebie kryteria i dopuszcza pytania kierowane doń przez organy, co do których spełnianie owych kryteriów może budzić wątpliwości⁴⁷. Miało to miejsce np. w przypadkach pytań kierowanych przez sądy konstytucyjne państw członkowskich (działające w różnych trybach kontroli konstytucyjnej, nie zawsze jednoznacznie wskazujących na wykonywanie przez nie funkcji rozstrzygania sporu między stronami)⁴⁸ czy wniosku Trybunału Sprawiedliwości Beneluksu (będącego formalnie sądem międzynarodowym)⁴⁹. Nieco bardziej aktywistyczne podejście TSUE w takich doraźnych sytuacjach może wynikać z faktu, że tego rodzaju organy dokonują istotnych rozstrzygnięć dotyczących relacji prawa Unii i prawa krajowego i Trybunałowi po prostu zależy – w imię zapewnienia spójności w wykładni i kontroli ważności prawa UE – na tym, by ich pytań nie pozostawiać bez odpowiedzi.

W odniesieniu do wykładni norm kompetencyjnych nie do końca można również zgodzić się z antynomicznym ujęciem wstrzemięźliwości i aktywizmu. Wydaje się, że – przynajmniej w pewnych przypadkach – postawy te raczej będą się dopełniały niż wykluczały. Dość często bowiem okazuje się, że sądy międzynarodowe przyjmują odmienne postawy interpretacyjne w odniesieniu do poszczególnych aspektów swojej jurysdykcji, na co już w toku niniejszych rozważań zwracaliśmy uwagę⁵⁰. Zdarza się, że to sam sposób regulacji kwestii jurysdykcyjnych w odniesieniu do danego organu, niejako determinuje jego przechodzenie w kierunku postawy aktywizmu. To, czy w efekcie sąd pozostanie wstrzemięźliwy, czy też przyjmie podejście aktywistyczne jest uwarunkowane nie tylko wolą jego samego, ale także celami i zadaniami, dla realizacji których został powołany.

Takie sytuacje są dość typowe dla międzynarodowych sądów karnych, które często odnośnie do swojej jurysdykcji *ratione personae* oraz *ratione temporis* przyjmowały postawę

⁴⁶ Wyrok TSUE z 19 września 2006 r. w sprawie C-506/04 *Wilson przeciwko Ordre des avocats du barreau*, pkt. 47-48.

⁴⁷ Por. I. Skomerska-Muchowska, *Pytania prejudycjalne sądów krajowych*, (w:) A. Wyrozumska (red.), *System ochrony prawnej w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 320-323.

⁴⁸ Zob. np. wyrok TSUE z 9 października 2008 r. w sprawie C-239/07 *Sabatoukas et al.*; wyrok TSUE z 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 *Rechnungshof et al.*

⁴⁹ Wyrok TSUE z 4 listopada 1997 r. w sprawie C-337/95 *Parfums Christian Dior*.

⁵⁰ Zob. pkt 3.1 niniejszego opracowania.

interpretacyjnej wstrzeźliwości⁵¹. Nawet jeśli w dokumentach i decyzjach podejmowanych w sprawach znajdowały się nawiązania do działalności oskarżonych sprzed okresu objętego jurysdykcją sądu, to te fakty nie mogły być przedmiotem rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej, a jedynie być wykorzystane przez sąd dla celów historycznych lub informacyjnych⁵². Natomiast, jeśli chodzi o jurysdykcję *ratione materiae*, statuty i MTKJ, i MTKR właściwie tylko wymieniały przestępstwa podlegające ich jurysdykcji, nie definiując ich znamion⁵³. W istocie zatem same sądy musiały określić własną jurysdykcję przedmiotową, przyjmując w tym zakresie jednak podejście aktywistyczne⁵⁴.

W podobnej sytuacji został postawiony trybunał arbitrażowy rozstrzygający w ramach STA spór dotyczący zwierzchnictwa terytorialnego nad grupą wysp na Morzu Czerwonym pomiędzy Erytreą i Jemenem. Oba państwa nie mogły dojść do porozumienia co do tego, co ma rzeczywiście stanowić przedmiot ich sporu, tj. o zwierzchnictwie w stosunku do których miałyby zadecydować trybunał. W efekcie w umowie arbitrażowej to jemu pozostawiły tę decyzję, którą miał podjąć na podstawie „odnośnych stanowisk stron” (*respective positions of the parties*)⁵⁵. Trybunał bardzo dokładnie przeanalizował argumenty stron przedstawiane na każdym etapie negocjacji i procesu prowadzącego do poddania sprawy pod rozstrzygnięcie arbitrażowe, nie ulegając pokusie ich bardziej twórczego zinterpretowania i dokonania samodzielnego określenia spornych wysp⁵⁶. W duchu prawdziwej wstrzeźliwości interpretacyjnej, opowiedział się w efekcie za stanowiskiem Erytrei w kwestii określenia przedmiotu sporu, po czym dokonał jego merytorycznego rozstrzygnięcia⁵⁷.

Dotychczasowe rozważania i przykłady odnoszące się do postawy interpretacyjnej wstrzeźliwości i jej rozgraniczenia od postawy aktywistycznej prowadzą do wniosku o konieczności nieco odmiennego zdefiniowania obu tych podejść w odniesieniu do wykładni norm kompetencyjnych sądów międzynarodowych. Wbrew pierwszemu wrażeniu, jakie można odnieść nie zagłębiając się w szczegółowe analizy orzecznictwa, wstrzeźliwość interpretacyjna wcale nie oznacza dążenia do unikania wykonywania jurysdykcji przez sądy międzynarodowe, tak jak aktywizm nie jest równoznaczny z dążeniem do uzasadnienia swojej kompetencji do rozstrzygnięcia sprawy. W postawie wstrzeźliwości nie ma żadnego założonego z góry celu w przyjęciu określonego kierunku argumentacji – ani odrzucenia sprawy, ani jej przyjęcia. Wstrzeźliwość interpretacyjna zakłada neutralność i obiektywizm sądu międzynarodowego w stosunku do oceny przezeń własnej kompetencji i spodziewanego rezultatu tej oceny. Z tego punktu widzenia wstrzeźliwość jest pierwotną postawą sądów międzynarodowych w sytuacjach, gdy dokonują one oceny i wykładni własnej kompetencji.

⁵¹ Zob. np. decyzja MTKR z 13 marca 2001 r. w sprawie nr ICTR-98-44A-T, *Prosecutor v. Kajelijeli* (decyzja dotyczyła wniosku obrony przeciwko jurysdykcji Trybunału), pkt. 5-6; decyzja MTKR z 15 lipca 2004 r. w sprawie nr ICTR-56-00-I, *Prosecutor v. Bizimungu* (decyzja dotyczyła wstępnego wniosku złożonego przez oskarżonego A. Bizimungu), pkt. 19 i n.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Rezolucja RB ONZ nr 827 (1993) z 25 maja 1995 r. ustanawiająca Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (*dalej* statut MTKJ), art. 2-5; Rezolucja RB ONZ nr 935 (1994) z 8 listopada ustanawiająca Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (*dalej* statut MTKR), art. 2-4.

⁵⁴ Zob. też pkt 3.3 niniejszego opracowania.

⁵⁵ Zob. wyrok arbitrażowy STA z 8 października 1999 r. *Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*, pkt. 73 i n.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt. 74-89.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt 90 oraz pkt 527.

Aktywizm pojawia się wtedy, gdy sąd z góry zakłada sobie rezultat, jaki w drodze wykładni norm kompetencyjnych chce osiągnąć: przyjęcia bądź odrzucenia możliwości rozstrzygnięcia sprawy. Argumentacja aktywistyczna jest zatem od początku ukierunkowana. Nie można przy tym z góry wykluczyć, że w pewnych sytuacjach ostateczny rezultat przyjęcia podejścia aktywistycznego będzie taki sam, jaki osiągnięto by przy użyciu wstrzemięźliwej wykładni. Jednak w większości wypadków aktywizm sędziowski w kwestiach kompetencyjnych ma miejsce, gdy sąd obawia się, że „zwykła” wykładnia każe mu odrzucić sprawę, którą chciałby rozstrzygnąć, albo przeciwnie – rozstrzygnąć to, co chciałby odrzucić.

Dobłą ilustracją dla tego zagadnienia stanowią obie decyzje MTKJ wydane w sprawie Dusko Tadić'a dotyczące kwestii kompetencji Trybunału do oceny legalności własnego powołania – a więc w istocie wykładni zasady kompetencji kompetencji⁵⁸. Obie zresztą były w doktrynie szeroko krytykowane i komentowane⁵⁹. W pierwszej instancji Izba Procesowa w odpowiedzi na zarzut obrony, iż MTKJ nie może w sposób legalny wykonywać swych funkcji, ponieważ nie został ustanowiony w sposób zgodny z prawem międzynarodowym⁶⁰, przyjęła podejście interpretacyjnej wstrzemięźliwości. Stwierdziła bowiem słusznie, iż kwestia nieważności powstania Trybunału jest zdecydowanie odmiennej natury niż problemy różnych aspektów jego jurysdykcji, a jej ocena wiązałaby się z kontrolą kompetencji Rady Bezpieczeństwa ONZ i sposobu ich wykonywania⁶¹. Tymczasem MTKJ nie jest sądem konstytucyjnym powołanym do kontroli działań organów ONZ; przeciwnie, jest sądem karnym, o jasno określonych kompetencjach obejmujących bardzo specyficzny i ograniczony zakres jurysdykcji⁶². Jego zadaniem jest ustalanie odpowiedzialności karnej jednostek, a ocena legalności własnego powstania nie jest objęta zakresem jego kompetencji jurysdykcyjnej. Jednak, co ciekawe, Izba Procesowa uznała, że nie byłoby właściwe wobec oskarżonego zatrzymanie się na stwierdzeniu braku własnej kompetencji i pozostawienie jego wątpliwości bez jakiegokolwiek wyjaśnienia⁶³. Przedstawiła więc jednak, jako *obiter dictae*, swój pogląd o szerokim zakresie uprawnień RB ONZ wynikających z rozdziału VII KNZ, a przede wszystkim szczegółowo omówiła, w jaki sposób w ramach funkcjonowania Trybunału gwarantowane są podstawowe prawa oskarżonego, przede wszystkim prawo do rzetelnego procesu⁶⁴.

Z kolei w decyzji dotyczącej odwołania od decyzji Izby Procesowej, Izba Apelacyjna przyjęła zupełnie odmienną, aktywistyczną postawę i uznała możliwość badania i orzekania o ważności własnego ustanowienia za zasadniczy element zasady kompetencji kompetencji, zwłaszcza w międzynarodowym porządku prawnym, w którym brak jest zintegrowanego i hierarchicznego systemu sądownictwa⁶⁵. Sąd musi bowiem mieć możliwość orzeczenia

⁵⁸ Zob. decyzja MTKJ (Izba Procesowa) z 10 sierpnia 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić* (dotycząca wniosku obrony co do jurysdykcji, *dalej Tadić* – decyzja Izby Procesowej); decyzja MTKJ (Izba Apelacyjna) z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić* (dotycząca odwołania obrony co do jurysdykcji, *dalej Tadić* – decyzja Izby Apelacyjnej).

⁵⁹ Tę dyskusję szeroko i interesująco przedstawia M. Swart w: *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena Printers 2006, s. 43 i n. oraz *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, *Goettingen Journal of International Law* 3 2011, vol. 3, s. 997 i n.

⁶⁰ Zob. *Tadić* – decyzja Izby Procesowej (przypis 58), pkt 3.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 4.

⁶² *Ibidem*, pkt 5.

⁶³ *Ibidem*, pkt 6.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt. 7 i n.

⁶⁵ Zob. *Tadić* – decyzja Izby Apelacyjnej (przypis 58), pkt 18.

o swojej jurysdykcji w kwestii incydentalnej (*incidental jurisdiction*), aby zapewnić sobie „pierwotną” jurysdykcję (*primary jurisdiction*) do rozstrzygnięcia w przedmiocie sprawy. Za taką kwestię incydentalną Izba Apelacyjna uznała problem oceny legalności powołania MTKJ.

Odnosząc się do prostych i racjonalnych argumentów Izby Procesowej, Izba Apelacyjna dała prawdziwy popis aktywistycznej argumentacji. Wystarczy wspomnieć, że podczas gdy Izba Procesowa opierała się na wyraźnie zdefiniowanym zakresie jurysdykcji Trybunału, by uzasadnić swój brak kompetencji, Izba Apelacyjna stwierdziła, że to właśnie wyłączenie powinno być wyraźne, a w jego braku sąd może i powinien rozstrzygnąć problem podniesiony przez obronę – właśnie po to aby potwierdzić swoją właściwość do rozstrzygnięcia sprawy *ad meritum*⁶⁶. Izba Apelacyjna wydaje się w tej argumentacji w ogóle nie brać pod uwagę drugiego możliwego rozwiązania, w równym stopniu wynikającego z ewentualnego uznania przez MTKJ swojej kompetencji do decydowania o legalności własnego utworzenia: co gdyby Trybunał stwierdził, że został powołany w sposób prawnie nieważny? Jak słusznie pyta M. Shahabuddeen: jeśli kompetencja MTKJ pozwala mu na stwierdzenie, że nie został utworzony w sposób ważny to w jakiej roli (*in what capacity*) występuje dokonując takiego rozstrzygnięcia⁶⁷? Jego odpowiedź jest prosta – skoro Trybunał nie został w sposób ważny powołany, to znaczy, że tak naprawdę nigdy nie powstał, a sędziowie, którzy podejmują taką decyzję działają tylko jako osoby prywatne⁶⁸.

Decyzja Izby Apelacyjnej MTKJ w sprawie *Tadić* pokazuje, jakie niebezpieczeństwo może nieść ze sobą zbyt aktywistyczna wykładnia kompetencji sądu międzynarodowego, prowadząc do rezultatów zupełnie absurdalnych. Jednak, jak wskazywaliśmy, zachowanie i sposób prowadzenia wyводу pokazuje, że Izba od początku zmierzała do rozstrzygnięcia, że MTKJ został ustanowiony w sposób zgodny z prawem⁶⁹. W konsekwencji nie ma (przynajmniej gdy chodzi o tę kwestię) przeszkody dla rozstrzygnięcia w przedmiocie sprawy przez Trybunał. Cały wysiłek Izby Apelacyjnej doprowadził ją w efekcie do identycznego rezultatu, jaki Izba Procesowa osiągnęła w prostszy, szybszy i mniej kontrowersyjny sposób dzięki swojej racjonalnej i wstrzemięzliwej wykładni.

Rozróżnienie wstrzemięzliwości sędziowskiej i sędziowskiego aktywizmu w odniesieniu do problemów jurysdykcji i kompetencji sądów międzynarodowych to w istocie sprawa intencji i intuicji. Intencji sądu dokonującego wykładni norm regulujących jego jurysdykcję, intuicji – tego, kto sposób i rezultat tej wykładni ocenia i powinien również ustalić, jaka była intencja sądu.

3.3. Aktywizm interpretacyjny w celu uzasadnienia własnej kompetencji

Dotychczas nawiązywaliśmy do aktywizmu sędziowskiego w zakresie, w jakim było to potrzebne do określenia postawy wstrzemięzliwości sędziowskiej i rozgraniczenia obu tych podejść interpretacyjnych. Jak już ustalono, podejście aktywistyczne sądów międzynarodowych w wykładni norm kompetencyjnych cechuje ukierunkowanie na osiągnięcie określonego re-

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 19.

⁶⁷ M. Shahabuddeen, *The competence of a tribunal to deny its existence*, (w:) S. Yee & W. Tiewa (red.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, London 2001, s. 474.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 475-476.

⁶⁹ *Tadić* – decyzja Izby Apelacyjnej (przypis 58), pkt 43.

zultatu: albo uzasadnienia własnej jurysdykcji w danej sprawie, albo uzasadnienia jej braku (ewentualnie ograniczenia). Dlatego też zdecydowaliśmy się na wyodrębnienie dwóch rodzajów aktywizmu, klasyfikując je jako osobne postawy sądów międzynarodowych. Zaczniemy od przedstawienia postawy aktywizmu sędziowskiego w celu uzasadnienia kompetencji.

Aby zneutralizować wrażenie, jakie może pozostawić wcześniejsza prezentacja decyzji jurysdykcyjnych MTKJ w sprawie *Tadić* należy zaznaczyć, że ekstensywna interpretacja jednak rzadko kiedy prowadzi do tak paradoksalnych wyników. Racjonalność rezultatów wykładni (ale już niekoniecznie racjonalność samej argumentacji) jest bowiem warunkiem ich, czasem trudnej, akceptacji i tolerowania aktywistycznych postaw sądów międzynarodowych. W konsekwencji właśnie racjonalność wydaje się stanowić pewną granicę dla swobody interpretacyjnej sądów międzynarodowych, w szczególności gdy orzekają one o własnej kompetencji.

Na pewno jako racjonalny aktywizm można ocenić postawę międzynarodowych sądów karnych, MTKJ i MTKR, których jurysdykcja *ratione materiae* została określona (o czym już wspomniano) w ich statutach poprzez jedynie ogólne wymienienie typów zbrodni międzynarodowych, osądzeniem których miały się zająć⁷⁰. Nie zdefiniowano jednak szczegółowo znamion czynów stanowiących takie zbrodnie. Trybunały zostały więc w praktyce zmuszone do podjęcia prawotwórczej działalności i wypracowania w swoim orzecznictwie definicji przestępstw, w stosunku do których wykonywały swoją jurysdykcję⁷¹. Ponieważ dorobek MTKJ i MTKR w tym zakresie ma zdecydowanie większe znaczenie dla kształtowania materialnych norm prawa międzynarodowego niż dla wykładni norm kompetencyjnych, nie zajmujemy się nim szczegółowo w ramach niniejszego opracowania⁷². Nie sposób jednak było pominąć go zupełnie i nie docenić jego wagi dla doprecyzowania zakresu przedmiotowej jurysdykcji Trybunałów.

Interesujący przykład aktywistycznej wykładni, która jednocześnie uzasadnia wykonywanie przez MTS jego jurysdykcji w zakresie wydawania opinii doradczych i ogranicza możliwość swobodnego uznania, czy wydać opinię jest konstrukcja „nieodpartych powodów” (*compelling reasons*), rozwijana w orzecznictwie Trybunału już od lat 50-tych XX w., a nawiązująca jeszcze do orzecznictwa Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej⁷³. Przywoływany już wcześniej art. 65 statutu MTS stanowi, że Trybunał może udzielać opinii doradczych, na wniosek każdego uprawnionego do tego organu lub zgodnie z postanowieniami KNZ w każdej sprawie o charakterze prawnym. Gdyby normę tę interpretować w duchu sędziowskiej wstrzeźliwości, pozostawiałaby ona decyzję, czy wydać opinię, czy nie, w sytuacji, gdy spełnione byłyby wszystkie kryteria jurysdykcyjne, całkowicie swobodnemu uznaniu Trybunału⁷⁴. Dyskrecjonalność decyzji o udzieleniu opinii chronić ma integralność

⁷⁰ Art. 2-5 statutu MTKJ, art. 2-4 statutu MTKR.

⁷¹ Tak np. po raz pierwszy zdefiniowane zostało w wyrokach w sprawach *Ayakesu* (MTKR) i *Furundzija* (MTKJ) przestępstwo gwałtu jako zbrodnie przeciwko ludzkości, zob. wyrok MTKR z 2 września 1998 r. w sprawie nr ICTR-96-4-T, *Prosecutor v. Ayakesu*, pkt. 596 i n.; wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 r. w sprawie nr IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundzija*, pkt. 174 i n. Zob. też M. Swart *Judges* (przypis 59), s. 221 i n.

⁷² Bardzo wyczerpująco przedstawia ten dorobek i jego znaczenie dla rozwoju prawa międzynarodowego A. Szpak, *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Toruń 2011.

⁷³ Zob. opinia MTS w sprawie *Interpretation of peace treaties* (przypis 20), s. 71-72.

⁷⁴ Opinia MTS w sprawie Kosowa (przypis 20), pkt. 29 i n.

funkcji MTS i jego charakter głównego organu sądowego ONZ⁷⁵. Jednocześnie, to właśnie rola Trybunału i jego pozycja w systemie organów ONZ nakazują mu ograniczyć korzystanie z pełnej swobody decyzji w kwestii opinii. MTS postrzega bowiem wykonywanie swojej kompetencji opiniodawczej jako swoją formę uczestnictwa w działalności organizacji i dlatego nie powinien odmówić wydania opinii⁷⁶. Zatem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem MTS, tylko wystąpienie „nieodpartych powodów” mogłyby uzasadniać odmowę udzielenia opinii⁷⁷. Taki powód istniałby na przykład wtedy, gdyby wniosek o opinię dotyczył rzeczywistego sporu, którego co najmniej jedna ze stron nie podlegałaby jurysdykcji MTS⁷⁸; opinie doradcze nie mogą bowiem służyć omijaniu braku jurysdykcji spornej Trybunału. Dotąd jednak MTS nigdy nie odmówił udzielenia opinii doradczej powołując się na doktrynę *compelling reasons*. W konsekwencji można uznać, że MTS w drodze wykładni swoje dyskrecjonalne uprawnienie do wydawania opinii doradczych przekształcił w obowiązek, z którego zwolnić mogą go tylko wyjątkowe okoliczności.

Za najbardziej aktywistyczny sąd międzynarodowy uchodzi Europejski Trybunał Praw Człowieka. Jego aktywizm przejawia się nie tylko w dynamicznej i twórczej interpretacji treści praw chronionych Europejską Konwencją Praw Człowieka (*dalej* EKPC)⁷⁹, ale również w podejściu do własnej jurysdykcji. Ze względu na strukturę niniejszego opracowania chcielibyśmy odwołać się do jednego, ale ewidentnego przykładu – koncepcji „naruszenia ciągłego”. Art. 59 ust. 3 EKPC stanowi, że jurysdykcja ETPC *ratione temporis* obejmuje okres od daty wejścia w życie Konwencji lub jej Protokołów w stosunku do danego państwa, co oznacza to, że państwa-strony mogą ponosić odpowiedzialność na podstawie Konwencji tylko w związku z wydarzeniami, które miały miejsce po tej dacie. Taka regulacja odzwierciedla podstawową zasadę odpowiedzialności międzynarodowoprawnej, zgodnie z którą państwo może odpowiadać wyłącznie za naruszenie międzynarodowego zobowiązania, którym było związane w chwili wystąpienia tego naruszenia⁸⁰. Zatem skargi, w których zarzuca się naruszenia z okresu przed wejściem w życie Konwencji w stosunku do danego państwa nie wchodzą w zakres temporalnej jurysdykcji Trybunału. Jednak sprawa dotycząca wydarzeń wcześniejszych może stać się przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału, jeśli można uznać, że zdarzenia, które miały miejsce przed ratyfikacją stworzyły sytuację trwającą po tej dacie⁸¹. W ten sposób Trybunał tworzy konstrukcję tzw. naruszenia ciągłego, kiedy samo zdarzenie stanowiące źródło naruszenia ma miejsce przed wejściem w życie Konwencji, jednak jego skutki rozcią-

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*; opinia MTS w sprawie Mazilu (przypis 20), pkt. 37 i n.; opinia MTS w sprawie legalności użycia broni jądrowej (przypis 20), pkt. 14 i n.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 19993, nr 61, poz. 284, z późn. zm.

⁸⁰ Zob. A. Jasińska, *Problemy międzynarodowoprawne w sprawie Powiernictwo Pruskie przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, (w:) W. Czapliński, B. Łukańko (red.), *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009, s. 236-237.

⁸¹ Szczegółową i wyczerpującą analizę takich sytuacji przedstawia I. Kamiński, „Sytuacje historyczne” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, (w:) W. Czapliński, B. Łukańko (red.) *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009, s. 376 i n.

gają się na okres po tej dacie, a zatem stan naruszenia trwa⁸². ETPC stwierdza istnienie naruszenia ciągłego, i w efekcie swoją jurysdykcję w aspekcie czasowym w sprawach dotyczących pozbawienia własności (czyli naruszeń art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC). Jednak aby do tego doszło muszą wystąpić szczególne okoliczności. Może to być – jak w sprawie *Loizidou* – fakt, że wywłaszczenia dokonał podmiot, który nie miał do tego kompetencji (tu: władze nieuznawanej międzynarodowo Republiki Północnego Cypru). W konsekwencji, z punktu widzenia Trybunału nie można przyjąć, że skarżący przestał w sensie prawnym być właścicielem majątku, wywłaszczenie od początku nie mogło być prawnie skuteczne. Zatem ciągle przysługuje mu prawo własności, którego nie może wykonywać i na tym właśnie polega ciągłość naruszenia⁸³. Może to być także sytuacja, w której skarżącemu przysługuje (lub powinno przysługiwać) roszczenie majątkowe (np. odszkodowawcze), na którym opiera swoje „uprawnione oczekiwanie” wykonywania uprawnień właścicielskich. Tak właśnie było w sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, dotyczącej mienia zabużańskiego⁸⁴. Konstrukcja naruszenia ciągłego jest również przez ETPC stosowana w sprawach dotyczących domniemanych naruszeń obowiązków proceduralnych wynikających z art. 2 EKPC, tj. wyjaśnienia przypadków pozbawienia życia, jeśli było ono umyślne lub okoliczności śmierci nie są jasne. Nawet, jeśli śmierć miała miejsce przed wejściem w życie Konwencji w stosunku do danego państwa, to może ono zostać pociągnięte do odpowiedzialności za brak skutecznego postępowania wyjaśniającego⁸⁵.

Choć wydaje się, że ETPC określa w miarę jasne kryteria stwierdzenia naruszenia ciągłego, to jednak praktyka pokazuje, że sposób ich oceny jest dość niejednolity, co może powodować wątpliwości co do kwalifikacji danego zdarzenia zarówno po stronie państw-stron, jak i skarżących jednostek⁸⁶.

Powodem dla którego sądy międzynarodowe przyjmują aktywistyczną postawę w interpretacji norm kompetencyjnych jest, w omawianych w tej części rozważań sytuacjach, uzasadnienie własnej jurysdykcji do rozpatrzenia sprawy *ad meritum*. Jednak to, dlaczego sądom zależy na rozszerzaniu własnej kompetencji i rozstrzygnięciu danej sprawy może zależeć od różnych czynników. Zarówno w przypadku międzynarodowych sądów karnych, jak i ETPC aktywizm w celu uzasadnienia jurysdykcji wiąże się z tym, że rozpatrują one sprawy dotyczące jednostek, choć jedne dążą do ukarania sprawców wszelkich czynów zasługujących na karę, drugi – do zapewnienia skutecznej ochrony praw człowieka. Jednocześnie można przypuszczać, że ich aktywizm bywa łatwiej akceptowalny przez zainteresowane państwa, bo jednostka i tak stoi w stosunku do państwa na zdecydowanie słabszej pozycji. Dynamiczna i rozszerzająca wykładnia norm kompetencyjnych może także posłużyć sądom międzynarodowym do rozwijania bardziej kompletnych systemów ochrony prawnej i wzmacniania ich własnej efektywności.

⁸² Zob. wyrok ETPC z 18 grudnia 1996 r. w sprawie nr 15318/89, *Loizidou v. Turkey* (Merits), pkt. 41 i n.; decyzja ETPC z 19 grudnia 2002 r. w sprawie nr 31443/96, *Broniowski v. Poland* (Admissibility), pkt. 74 i n. Zob. też A. Jasińska (przypis 80), s. 237 i n., i Kamiński (przypis 81), s. 389 i n.

⁸³ Zob. wyrok w sprawie *Loizidou* (przypis 82), pkt. 41 i n.

⁸⁴ Decyzja w sprawie *Broniowski* (przypis 82), pkt. 74 i n.

⁸⁵ Zob. wyrok ETPC (Izba) z 28 czerwca 2007 r. w sprawie nr 71463/01, *Šilih v. Slovenia*; wyrok ETPC (Wielka Izba) z 9 kwietnia 2009 r. w sprawie nr 71463/01, *Šilih v. Slovenia*. Szerzej zob. I. Kamiński (przypis 81), s. 377 i n.

⁸⁶ *Ibidem*.

3.4. Aktywizm interpretacyjny w celu uzasadnienia braku lub ograniczenia kompetencji

Być może największym zaskoczeniem w proponowanej klasyfikacji interpretacyjnych postaw sądów międzynarodowych jest wyodrębnienie postawy aktywizmu ukierunkowanego na wykazanie braku jurysdykcji lub jej ograniczenie. Tymczasem praktyka sądów międzynarodowych pokazuje, że tak samo twórcze bywają one zarówno w uzasadnianiu posiadania kompetencji do rozpatrzenia sprawy, jak i jej braku.

Najbardziej jaskrawym przykładem (przynajmniej w dorobku MTS) takiej wykładni norm jurysdykcyjnych jest wyrok MTS w sprawie Timoru Wschodniego⁸⁷. Portugalia wystąpiła do Trybunału ze skargą przeciwko Australii, która zawierając z Indonezją umowę o delimitacji i eksploatacji szelfu kontynentalnego między Australią a Timorem Wschodnim (będącym terytorium zależnym, formalnie pod zwierzchnictwem Portugalii, faktycznie pod indonezyjską okupacją) naruszyła prawa jej jako państwa zwierzchniego, jak i prawa ludności Timoru Wschodniego, w tym prawo do samostanowienia. MTS jednak stwierdził, że wydanie orzeczenia w sprawie wiązałoby się z koniecznością rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach państwa trzeciego, tj. Indonezji, nie uczestniczącego w sporze i które nie wyraziło zgody na poddanie się jurysdykcji Trybunału. Dokonał on niezwykle ekstensywnej wykładni zasady wyrażonej w wyroku w sprawie *Monetary Gold*⁸⁸, nie zważając na fundamentalne różnice między okolicznościami jednej i drugiej sprawy. W sprawie *Monetary Gold* Włochy, które wystąpiły przeciwko innym państwom zgłaszającym pretensje do albańskiego złota, opierały swoje roszczenie do przedmiotu sporu (złota) na twierdzeniu, że ma ono stanowić odszkodowanie za naruszenie prawa międzynarodowego, którego miała dopuścić się przeciwko temu państwu Albania. Trybunał w sprawie złota monetarnego rzeczywiście musiałby najpierw orzec o ewentualnej odpowiedzialności Albanii w stosunku do Włoch, aby móc stwierdzić, czy Włochy mają rzeczywiście roszczenie o wydanie złota; zatem przedmiotem sprawy były stosunki prawne między Włochami a Albanią, która nie uczestniczyła w sporze przed MTS. Jednak MTS stwierdził, że zasada ta stosuje się także do sprawy Timoru. Uznał bowiem, że musiałby rozstrzygnąć o nielegalności indonezyjskiej okupacji Timoru Wschodniego, by ocenić, czy Australia rzeczywiście naruszyła prawo międzynarodowe zawierając umowę z okupantem, a nie jest władny tego zrobić, w braku zgody Indonezji właśnie. Tymczasem, z punktu widzenia prawa międzynarodowego, MTS nie jest jedynym podmiotem rozstrzygającym o legalności lub nie działań państwa. W tym czasie nielegalność indonezyjskiej okupacji była faktem potwierdzonym przez praktykę państw oraz Radę Bezpieczeństwa i Zgromadzenie Ogólne ONZ, które niezmiennie uznawały Portugalię za sprawującą zwierzchnictwo wobec Timoru. Jednocześnie Portugalia podnosiła, że ponieważ naruszone prawa były skuteczne *erga omnes* dla ustalenia odpowiedzialności Australii nie miało znaczenia, czy inne państwo również zachowało się bezprawnie. Żaden z jej zarzutów nie odnosił się do Indonezji. Można uznać, że dla stwierdzenia naruszenia prawa międzynarodowego przez Australię nie było nawet istotne z kim Australia zawarła umowę dotyczącą Timoru Wschodniego – najistotniejsze byłoby bowiem to, że nie zawarła jej z Portugalią, wyłącznie uprawnioną do reprezentowania interesów Timoru Wschodniego. Wyrok MTS był szeroko krytykowany, ale właśnie jako zbyt za-

⁸⁷ Wyrok MTS w sprawie Timoru Wschodniego (przypis 42).

⁸⁸ Wyrok MTS w sprawie *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), ICJ Reports 1954.

chowawczy, ponieważ jego konkluzja mówiła o braku jurysdykcji⁸⁹. Jednak w naszej opinii jest on modelowym przykładem aktywistycznej wykładni kryteriów uzasadniających brak kompetencji, a MTS w ten sposób uczynił niezaskarżalnym i nieegzekwowalnym obowiązek nieuznawania sytuacji nielegalnych.

Postawa aktywistyczna dążąca do wyłączenia lub ograniczenia własnej kompetencji może również przybrać postać rozwiązania systemowego, czego przykładem jest procedura wyroku pilotażowego wypracowana w praktyce orzeczniczej ETPC. Pod koniec lat 90-tych ubiegłego wieku Trybunał zaczął identyfikować tzw. problemy systemowe – powtarzające się zarzuty podobnych, dobrze uzasadnionych naruszeń Konwencji w skargach przeciwko tym samym państwom⁹⁰. Jednocześnie, w związku z gwałtownym wzrostem liczby państw-stron EKPC skarg zaczęło jeszcze gwałtowniej przybywać. W czasie prac nad Protokołem 14 Trybunał zaproponował rozwiązanie polegające na „zamrożeniu” tego rodzaju spraw naruszeń systemowych (tj. nieprowadzenie postępowań), a zasygnalizowanie państwu istnienia takiego problemu i wyznaczenie terminu na przyjęcie również systemowego rozwiązania na gruncie prawa krajowego. Wprawdzie propozycja ta została odrzucona, jako prawdopodobnie zbyt kontrowersyjna dla państw, jednak jednocześnie Trybunałowi zasygnalizowano, że rozwiązanie takie mogłoby zostać przyjęte w obowiązującym stanie prawnym, przy wykorzystaniu orzeczniczej swobody ETPC w wykładni art. 46 EKPC⁹¹. W 2004 r. Komitet Ministrów przyjął rezolucję umożliwiającą współpracę z Trybunałem w ramach planowanej procedury⁹². Pierwszy wyrok pilotażowy zapadł we wspomnianej już sprawie *Broniowski przeciwko Polsce*, dotyczącej mienia zabużańskiego⁹³. Choć nie padało w nim samo sformułowanie „wyrok pilotażowy”, zawierał wszystkie elementy proponowane wcześniej przez ETPC: stwierdzenie systemowego problemu w porządku krajowym, który może być przyczyną rosnącej liczby naruszeń EKPC, wskazówki co do środków, jakie powinny być podjęte (w tym co do ich retroaktywnego charakteru) oraz odroczenie rozpatrzenia pozostałych skarg mających to samo źródło. O wyroku informowano również Komitet Ministrów. Procedura wyroku pilotażowego została bez kontrowersji zaakceptowana przez państwa i już wielokrotnie znajdowała zastosowanie⁹⁴. Obecnie jest skodyfikowana w Art. 61 Regulaminu proceduralnego Trybunału. Wyrok pilotażowy szeroką akceptacją zawdzięcza temu, że w istocie stanowi rozwiązanie przyjęte w interesie państw i samego Trybunału a nie jednostek. Prawo skargi do ETPC tych ostatnich zostaje przez tę procedurę ograniczone w sposób nie przewidziany wyraźnie przepisami Konwencji – można wątpić czy jest to do końca zgodne z jej przedmiotem i celem. Procedura wyroku pilotażowego stanowi najbardziej ekstremalny przypadek sędziowskiego aktywizmu

⁸⁹ Zob. P. Kooijmans (przypis 36), s. 744-745. Zob. też opinia odrębna sędziego Skubiszewskiego oraz opinia odrębna sędziego Weeramantry do wyroku MTS w sprawie Timoru Wschodniego (przypis 42).

⁹⁰ Zob. L. Wildhaber, *Pilot Judgments in cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, (w:) R. Wolfrum, U. Deutsch (red.) *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: The Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg 2009, s. 69 i n.

⁹¹ *Ibidem*, s. 70.

⁹² Committee of Ministers Resolution of 12 May 2004 (DH Res. (2004)3) *on judgments revealing an underlying systemic problem*.

⁹³ Wyrok ETPC z 22 czerwca 2004 r. w sprawie nr 31443/96, *Broniowski v. Poland* (Merits), pkt. 188 i n.

⁹⁴ Zob. wyrok ETPC z 6 października 2005 r. w sprawie nr 23032/02, *Lukenda v. Slovenia*; wyrok ETPC z 15 stycznia 2009 r. w sprawie nr 33509/04, *Burdov v. Russia*.

w odniesieniu do kwestii kompetencyjnych: ETPC, bez podstawy prawnej, a tylko poprzez wykładnię art. 46 EKPC, stworzył zupełnie nowy typ postępowania, regulując w drodze orzecznictwa także jego proceduralne założeń. Ten przykład pokazuje, że granice swobody orzecznictwa sądów międzynarodowych leżą tam, gdzie kończy się możliwość akceptacji ich działań przez państwa i inne podmioty podlegające ich jurysdykcji.

4. Podsumowanie

W niniejszych rozważaniach podjęliśmy próbę syntetycznego przedstawienia podejścia sądów międzynarodowych do wykładni zasady kompetencji kompetencji i norm określających ich jurysdykcję. Wyodrębnione zostały cztery typy postaw interpretacyjnych, jakie sądy przyjmują: postawa przemilczania/ignorowania kwestii kompetencyjnych, postawa interpretacyjnej wstrzeźliwości, postawa aktywizmu interpretacyjnego w celu uzasadnienia własnej kompetencji oraz postawa aktywizmu interpretacyjnego w celu uzasadnienia braku kompetencji lub jej ograniczenia. Na przyjmowanie przez sądy podobnie zaklasyfikowanych postaw mogą wpływać różne czynniki i cele, które chcą one osiągnąć. Przyjęcie przez dany organ określonego podejścia w wykładni swoich kompetencji może mieć przy tym charakter jednostkowy, uwarunkowany wyłącznie okolicznościami danej sprawy, albo systemowy, kiedy sąd konsekwentnie przyjmuje takie samo podejście w każdej sprawie, w której pojawiają się podobne elementy. W ten sposób sądy mogą kształtować pewne koncepcje czy nawet własną politykę odnośnie do kwestii związanych z interpretacją norm kompetencyjnych.

Ze względu na specyfikę zagadnień jurysdykcyjnych konieczna okazała się w ich kontekście weryfikacja koncepcji wstrzeźliwości i aktywizmu sędziowskiego. W tym ujęciu wstrzeźliwość można scharakteryzować jako postawę neutralną w stosunku do rezultatu wykładni. Aktywizm zaś jest podejściem ukierunkowanym, które cechuje dążenie sądu do osiągnięcia określonego rezultatu: potwierdzenia albo zaprzeczenia własnej jurysdykcji. Jednak niezależnie od tego, czy w wykładni swoich kompetencji sądy międzynarodowe przyjmują postawę wstrzeźliwości, czy też którąś z odmian sędziowskiego aktywizmu, wykładnia ta dokonywana jest z reguły w sposób dynamiczny, uwzględniający prawne i pozaprawne czynniki wpływające na postrzeganie roli sądów w międzynarodowym porządku prawnym i zmiany zachodzące w realnym świecie.

Wyniki przeprowadzonych badań pokazują, iż z „naturalnej granicy” swobody orzekania, normy regulujące kompetencje sądów międzynarodowych same stają się przedmiotem procesu orzekania, w którym sądy te korzystają z interpretacyjnej swobody. Granice tej swobody określają same sądy, jednak biorą one pod uwagę racjonalność rezultatów dokonywanej wykładni i możliwość ich akceptacji przez zainteresowane podmioty.

Literatura

1. Amerasinghe Ch. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague 2003
2. Broniewicz W., *Polskie postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1999
3. Fitzmaurice G., *Hersh Lauterpacht – The Scholar as Judge*, British Yearbook of International Law 1961, vol. 37
4. Jasińska A., *Problemy międzynarodowoprawne w sprawie Powiernictwo Pruskie przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, (w:) W. Czapliński, B. Łukańko (red.), *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009
5. Kamiński I., *„Sytuacje historyczne” w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) W. Czapliński, B. Łukańko (red.), *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Warszawa 2009
6. Kooijmans P., *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism or Pro-active Policy?* International and Comparative Law Quarterly 2007, vol. 56,
7. Koncewicz T. T., *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, wyd. 2., Warszawa 2009
8. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005
9. Rosenne Sh., *International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications*, (w:) R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com
10. Shahabuddeen M., *The competence of a tribunal to deny its existence*, (w:) S. Yee & W. Tiewa (red.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, London 2001
11. Shelton D., *Form, Function and the Powers of International Courts*, Chicago Journal of International Law 2009, vol. 9
12. Skomerska-Muchowska I., *Pytania prejudycjalne sądów krajowych*, (w:) A. Wyrozumska (red.), *System ochrony prawnej w Unii Europejskiej*, Warszawa 2009
13. Swart M., *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena Printers 2006
14. Swart M., *Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY*, Goettingen Journal of International Law 2011, vol. 3
15. Szpak A., *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Toruń 2011
16. Thirlway H., *Judicial Activism and the International Court of Justice*, (w:) N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum (red.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Leiden 2002
17. Wildhaber L., *Pilot Judgments in cases of Structural or Systemic Problems on the National Level*, (w:) R. Wolfrum, U. Deutsch (red.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: The Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg 2009
18. Wiśniewski A., *o aktywizmie sędziowskim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) A. Wyrozumska (red.), *Swoboda orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014
19. Zarbiyev F., *Judicial Activism in International Law – a Conceptual Framework for Analysis*, Journal for International Dispute Settlement 2012, vol. 2

Orzecznictwo

1. Wyrok **ETPC** z 18 grudnia 1996 r. w sprawie nr 15318/89, *Loizidou v. Turkey* (Merits)
2. Decyzja ETPC z 19 grudnia 2002 r. w sprawie nr 31443/96, *Broniowski v. Poland* (Admissibility)
3. Wyrok ETPC z 22 czerwca 2004 r. w sprawie nr 31443/96, *Broniowski v. Poland* (Merits)
4. Wyrok ETPC z 6 października 2005 r. w sprawie nr 23032/02, *Lukenda v. Slovenia*
5. Wyrok ETPC (Izba) z 28 czerwca 2007 r. w sprawie nr 71463/01, *Šilih v. Slovenia*
6. Wyrok ETPC z 15 stycznia 2009 r. w sprawie nr 33509/04, *Burdov v. Russia*
7. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 9 kwietnia 2009 r. w sprawie nr 71463/01, *Šilih v. Slovenia*
8. Decyzja **MTKJ** (Izba Procesowa) z 10 sierpnia 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić*
9. Decyzja MTKJ (Izba Apelacyjna) z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić*
10. Wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 r. w sprawie nr IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundžija*
11. Wyrok **MTKR** z 2 września 1998 r. w sprawie nr ICTR-96-4-T, *Prosecutor v. Ayakesu*
12. Decyzja MTKR z 13 marca 2001 r. w sprawie nr ICTR-98-44A-T, *Prosecutor v. Kajelijeli*
13. Decyzja MTKR z 15 lipca 2004 r. w sprawie nr ICTR-56-00-I, *Prosecutor v. Bizimungu*
14. Wyrok **MTPM** z 7 lutego 2000 r. w sprawie nr 5, *Camouco* (Panama v. France)
15. Opinia doradcza Izby Sporów Dotyczących Dna Morskiego MTPM z 1 lutego 2011 r. w sprawie nr 17, *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*
16. Opinia doradcza **MTS** w sprawie *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, ICJ Reports 1950
17. Wyrok MTS w sprawie *Nottebohm* (Lichtenstein v. Guatemala), ICJ Reports 1953
18. Wyrok MTS w sprawie *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), ICJ Reports 1954
19. Opinia doradcza MTS w sprawie *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, ICJ Reports 1989
20. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Jurisdiction and Admissibility) (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 1995
21. Wyrok MTS w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995
22. Opinia odrębna sędziego Skubiszewskiego do wyroku MTS w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995
23. Opinia odrębna sędziego Weeramantry do wyroku w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995
24. Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996
25. Wyrok MTS w sprawie *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Reports 2003
26. Opinia doradcza MTS z 22 lipca 2010 r. w sprawie *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010
27. Wyrok arbitrażowy **STA** z 8 października 1999 r. *Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*
28. Wyrok **TSUE** z 4 listopada 1997 r. w sprawie C-337/95 *Parfums Christian Dior*
29. Wyrok TSUE z 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/01 *Rechnungshof et al.*

30. Wyrok TSUE z 19 września 2006 r. w sprawie C-506/04 *Wilson przeciwko Ordre des avocats du barreau*
31. Wyrok TSUE z 9 października 2008 r. w sprawie C-239/07 *Sabatauskas et al.*
32. Raport panelu **WTO** z 5 lutego 1998 r. w sprawie nr WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment (USA v. EC)*

Znaczenie zasad ogólnych prawa dla swobody orzekania w prawie międzynarodowym

Izabela Skomerska-Muchowska

Spis treści

1. Wprowadzenie (107)
2. Natura ogólnych zasad prawa i ich rola w systemie prawa międzynarodowego (108)
3. Miejsce ogólnych zasad prawa w prawie międzynarodowym stosowanym przez sądy międzynarodowe (114)
4. Pojęcie ogólnych zasad prawa w świetle ich pochodzenia w praktyce sądów międzynarodowych (120)
 - 4.1. Ogólne zasady wywodzone z prawa krajowego (121)
 - 4.2. Zasady ogólne prawa międzynarodowego (125)
5. Ogólne zasady prawa a normy traktatowe i zwyczajowe (129)
 - 5.1. Uwagi ogólne (129)
 - 5.2. Zasady ogólne jako normy wypełniające luki w prawie międzynarodowym (132)
 - 5.3. Zasady ogólne jako środki interpretacji i stosowania norm traktatowych i zwyczajowych (137)
6. Podsumowanie (141)

1. Wprowadzenie

W procesie stosowania prawa międzynarodowego ogólne zasady prawa pełnią istotną rolę, w wielu przypadkach stanowią podstawę dla prawotwórczych działań sądów międzynarodowych¹, jednocześnie wyznaczają ich prawne granice. Mając tę specyfikę ogólnych zasad prawa na uwadze przeanalizujemy ich naturę i miejsce w systemie prawa międzynarodowego oraz przyjrzymy się funkcjom, jakie pełnią w praktyce orzeczniczej. W ten sposób postaramy się określić ramy, jakie wyznaczają one swobodzie sędziowskiej zarówno gdy stosowane są jako bezpośrednia podstawa orzeczeń sądów międzynarodowych, jak i jako dyrektywy interpretacyjne oraz aplikacyjne przy orzekaniu w oparciu o inne źródła prawa międzynarodowego (traktaty, zwyczaj itd.). Na wstępie zastrzec należy, że nie jest naszym celem ani sformułowanie definicji ogólnych zasad prawa, ani przedstawienie ich zamkniętego katalogu. Rozumiemy przez zasady ogólne to, co rozumiemy przez nie sądy międzynarodowe.

¹ Pojęcie sądu międzynarodowego stosujemy tu z pewnym uproszczeniem rozumiejąc pod nim wszystkie organy orzekające w sposób wiążący dla stron na podstawie prawa międzynarodowego.

2. Natura ogólnych zasad prawa i ich rola w systemie prawa międzynarodowego

Ogólne zasady prawa stanowią jedno z najistotniejszych, a zarazem najbardziej problematycznych zagadnień teorii i praktyki prawa międzynarodowego². W doktrynie prawa międzynarodowego kontrowersje budzą tak fundamentalne kwestie jak samo pojęcie ogólnych zasad prawa, czy odpowiedź na pytanie, czy ogólne zasady prawa są częścią prawa międzynarodowego, dlatego, że jest on systemem prawa, czy ponieważ istnieją normy międzynarodowego prawa zwyczajowego, zgodnie z którymi zasady są stosowane w relacjach międzynarodowych. Można także twierdzić, że ogólne zasady prawa wcale nie stanowią prawa międzynarodowego, a jedynie są częścią prawa, które ma być stosowane przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (*dalej* MTS) na mocy upoważniającego postanowienia jego statutu. Podczas gdy niektórzy autorzy uznają je, obok umów międzynarodowych i zwyczaju, za formalne źródło prawa międzynarodowego, to inni jedynie za środki służące interpretacji i stosowaniu norm zwyczajowych i traktatowych³. W doktrynie obecny jest również pogląd, że ogólne zasady stanowią jedynie pomocnicze źródło prawa międzynarodowego⁴. Natomiast zwłaszcza w ostatnich dekadach coraz częściej wskazuje się, że ogólne zasady prawa są wyrazem zasad wyższych, „konstytucji” prawa międzynarodowego⁵. Rozstrzygnięcie wszystkich wskazanych kwestii nie jest naszym celem. Część przytoczonych pytań nie jest z resztą tak problematyczna w praktyce sądów międzynarodowych jak można by wnosić z wypowiedzi doktryny. Skupimy się zatem w dalszych rozważaniach nad zagadnieniami związanymi

² B. Cheng, *General Principles as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 2006; M. C. Bassiouni, *A functional Approach to "General Principles of International Law"*, Michigan Journal of International Law 1990, vol. 11, s. 768-818; H. Mosler, *General Principles of Law*, (w:) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, s. 511-512; G. Gaja, *General Principles of Law*, (w:) R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com; M. Koskenniemi, *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law*, (w:) M. Koskenniemi (red.), *Sources of International Law*, Dartmouth 2000, s. 359-402; G. Herczegh, *General Principles of International Law and the International Legal Order*, Budapest 1969; G. Tunkin, "General Principles of Law" in *International Law*, (w:) R. Marcic (red.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, Monachium-Salzburg 1971, s. 523-532; W. Friedmann, *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, American Journal of International Law 1963, vol. 57, s. 279-299; F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Courts and Tribunals*, Leiden, Boston 2008; Ch. Voigt, *The Role of General Principles in International Law and Their Relationship to Treaty Law*, Retfaerd Årgang 2008, vol. 31, s. 3- 25; H. Akehurst, *Equity and General Principles of Law*, International and Comparative Law Review 1976, vol. 25, s. 801-825.

³ Zob. w szczególności teoretyczne rozważania M. Koskenniemi (wykazuje, że trudno uznać je za przeciwstawne. Wydaje się, że różnica między nimi sprowadza się w istocie do statycznego lub dynamicznego ujęcia prawa międzynarodowego, czy też, opierając się na teorii J. Wróblewskiego, związanej lub swobodnej decyzji sądowej. Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 334-293.

⁴ Zob. w szczególności G. Herczegh (przypis 2), s. 30-32.

⁵ Por. w szczególności, M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, European Journal of International Law 2004, vol. 15 s. 907, Przez niektórych autorów konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego wiązana jest z procesem jego hierarchizacji przejawiającej się powstawaniem norm *ius cogens* jako norm z jednej strony hierarchicznie wyższych z drugiej strony odzwierciedlających istotę wspólnego systemu wartości. Zob. E. de Wet, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, Leiden Journal of International Law, 2006 vol. 19, s. 611-613.

z cechami ogólnych zasad prawa, które sprawiają, że źródła te mają szczególne znaczenie dla określenia swobody orzekania przez sądy międzynarodowe.

Już dyskusja w Komitecie Doradczym Prawników nad art. 38 ust. 1 pkt c statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej⁶ (*dalej* STSM) ukazała, że odwoływanie się przez sądy międzynarodowe do ogólnych zasad prawa stanowi samo w sobie element aktywizmu sędziowskiego⁷, a usankcjonowanie tej praktyki jest jednoznaczne z przyznaniem sędziom międzynarodowym pewnego zakresu swobody⁸, który nadużyty może prowadzić do wykroczenia przez sędziego poza stosowanie prawa i uczynić jego działalność prawotwórczą. Jak wskazywał G. Fitzmaurice koncepcja ogólnych zasad prawa jest tak płynna, że każde "odważne" ich zastosowanie przez Trybunał może stanowić *quasi*-prawotwórstwo, co w konsekwencji może mu szkodzić zniechęcając do częstszego odwoływania się do Trybunału, chyba że zachowa on rozsądną przewidywalność swoich decyzji⁹.

Członkowie Komitetu działali w przekonaniu, że decyzje sądów międzynarodowych mogą stanowić wkład w rozwój prawa międzynarodowego przez jego stopniowe określanie. Gdyby bowiem sędziowie mogli stosować tylko normy traktatowe i zwyczajowe, w pewnych sprawach mogłoby to ich zmusić do obrazy wymiaru sprawiedliwości przez deklarację *non-liquet*¹⁰. Jednocześnie w Komitecie panowała zgoda co do tego, że odkrywanie w procesie stosowania prawa ukrytych norm prawnych w postaci ogólnych zasad nie jest jednoznaczne z prawotwórczą rolą sądów międzynarodowych¹¹.

⁶ Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the proceedings of the Committee*, June 16th – July 24th, 1920, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf/ dostęp 16.08.2014. Zob. również obszernie omówienia w B. Cheng (przypis 2), s. 6-21; G. Herczegh (przypis 2), s. 12-20.

⁷ Zob. *Procès-verbaux* (przypis 6), s. 293-335.

⁸ Zob. G. Gaja (przypis 2), pkt 31.

⁹ "[T]he concept of the general principles is so fluid that a quasi-legislative element would often be introduced into the Court's decisions by any 'bold' application of them, and ... considerable harm might be done to the desideratum of increased resort to the Court unless a reasonable predictability as the basis of its decisions can be maintained" G Fitzmaurice, *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the Circumstances of Today*, (w:) Institute of International Law. Livre du centenaire 1873–1973, s. 325. Podaję za G. Gaja (przypis 2), pkt 16.

¹⁰ Zob. *Procès-Verbaux* (przypis 6), s. 307-317, w szczególności krytykę w stosunku do stanowiska przedstawionego przez Roota, zgodnie z którym ogólne zasady prawa nie powinny znaleźć się wśród podstaw orzekania przez Trybunał, ponieważ „(n)ations will submit to positive law, but will not submit to such principles as have not been developed into positive rules supported by an accord between all States”. W konsekwencji, uznawał on, że w sytuacji luki w prawie, sąd powinien stwierdzić *non-liquet*. Pozostali członkowie Komitetu odrzucili to stanowisko przyjmując, że prawo międzynarodowe nie składa się wyłącznie z norm pozytywnych (traktatowych i zwyczajowych), na które państwa wyraziły zgodę. Jego częścią są również zasady ogólne prawa. Charakterystyczna w tym kontekście jest wypowiedź Descamps'a, że: „(i)t is absolutely impossible and supremely odious to say to the judge that, although in a given case a perfectly just solution is possible: 'You must take a course amounting to refusal of justice' merely because no definite convention or custom appeared. What, therefore, is the difference between my distinguished opponent and myself? He leaves the judge in a state of compulsory blindness forced to reply on subjective opinions only; i allow him to consider the cases that come before him with both eyes open (*ibidem*, s. 323). Por. A. Pellet, *Article 38* (w:) A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, *The International Court of Justice – A Commentary*, Oxford 2006, s. 686.

¹¹ *Procès-Verbaux* (przypis 6), s. 296-319 (stanowiska przedstawione przez członków Komitetu La Pradelle'a, Ricci-Busattiego, Lorda Phillimore'a i Hagerupa). B. Cheng (przypis 2), s. 19.

Zasady ogólne charakteryzują się wysokim stopniem ogólności i abstrakcyjności co sprawia, że pozostawiają one miejsce na ostateczne określenie ich treści i konsekwencji prawnych oraz wzajemnych zobowiązań stron wynikających z prawa traktatowego i zwyczajowego w kontekście określonej sprawy. Jak wskazywał G. Fitzmaurice zasady ogólne, w przeciwieństwie do reguł (*rules*), nawet ogólnych reguł prawa, oznaczają po prostu to co nie jest regułą (w sensie nakazu lub zakazu) ale co podkreśla regułę i ją tłumaczy lub dostarcza dla niej uzasadnienia. Reguła odpowiada na pytanie co? zasada – dlaczego? W przypadku jakiegokolwiek sporu co do tego, jaka reguła ma mieć zastosowanie rozwiązanie będzie często zależało od tego, jaka zasada zostanie uznana za leżącą u podstawy normy i która „przeważy” w konkretnej sprawie¹². Zasady zatem przyznają sędziemu pewien zakres swobody, ponieważ nie dyktują one konkretnego rozwiązania, ale dostarczają argumentów dla przyjęcia określonego rozstrzygnięcia¹³. Istotne znaczenie ma również sposób rozwiązywania kolizji między zasadami, który określa charakterystyczną różnicę między zasadami a regułami w teorii R. Dworkina¹⁴. O ile konflikt między regułami możliwy jest do rozstrzygnięcia jedynie przez wprowadzenie klauzuli wyjątku lub uznanie jednej z kolidujących reguł jako nieobowiązującej, w przypadku zasad nie zachodzi konieczność rozstrzygnięcia na zasadzie „wszystko albo nic”. W określonych okolicznościach jedna zasada może ustępować przed inną, choć nadal ta ostatnia jest ważna. Zasady stanowią zatem istotny element argumentacji sędziowskiej. Jak wskazuje J. Habermas: „Reguły i zasady podobnie służą jako argumenty w uzasadnianiu orzeczeń, ale zajmują odmienne miejsce w logice argumentacji. Jakoż reguły mają zawsze komponentę jakiegoś „jeżeli”, która specyfikuje typowe dla danej sytuacji warunki zastosowania, gdy tymczasem zasady albo występują z niespecyficznym roszczeniem do ważności, albo są w swojej dziedzinie zastosowania ograniczone tylko przez warunki bardzo ogólne, w każdym razie wymagające interpretacji”¹⁵. Oznacza to, że o ile w przypadku reguł, wyznaczenie ich zakresu będzie należało w zasadzie wyłącznie do prawodawcy (w przypadku prawa międzynarodowego przede wszystkim państw), to w przypadku zasad jest to rolą sądu.

Posługiwanie się przez sądy międzynarodowe kategorią zasad ogólnych czyni prawo międzynarodowe bardziej elastycznym i pozwala sądom międzynarodowym na wydawanie orzeczeń, które są nie tylko spójne w ramach istniejącego porządku prawnego, ale spełniają również wymóg racjonalnej akceptowalności¹⁶, w tym sensie, że umożliwiają rozwój prawa międzynarodowego w sposób adekwatny do potrzeb społeczności międzynarodowej. Tym samym ogólne zasady prawa stanowią źródło legitymizacji decyzji sądowych rozwijających prawo międzynarodowe¹⁷. Jak wskazuje R. Jennings, „ani zgoda, ani praktyka, nawet

¹² G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Recueil des Cours Académie de Droit International 1975, s. 8. Zob. Podobne rozróżnienie między normami a zasadami jest obecne również u innych autorów. Zob. m.in. D. W. Greig, *The Underlying Principles of International Humanitarian Law*, Australian Yearbook of International Law 1985, vol. 9, s. 64; V. Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, (w:) M. Byers, *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2000, s. 207, 213-19; R. Kolb, *Principles as Sources of International Law*, Netherlands International Law Review 2006, vol. 53, s. 26.

¹³ Zob. Ch. Voigt (przypis 2), s. 11.

¹⁴ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

¹⁵ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązki*, Warszawa 2005, s. 224-225.

¹⁶ Por. *ibidem*, s. 214.

¹⁷ Przyjmujemy legitymizację (legitimacy) w rozumieniu zaproponowanym przez T. Francka jako „quality of a rule which derives from a perception on the part of those to whom it is addressed that it

w najszerszym ujęciu, nie mogą jednak dostarczyć żywotnych nasion wzrostu aby umożliwić prawu radzenie sobie z problemami wymagającymi rozwiązania (...). Zasady prawne mają zatem do wypełnienia niezbędną rolę w rozwoju właściwego prawa (...) i jego włączenia do korpusu powszechnego prawa międzynarodowego¹⁸.

Dynamiczny charakter zasad ogólnych związany jest z ich abstrakcyjną naturą, ale także i z zakresem uznania pozostawionym sędziom. Tym samym zasady ogólne zapewniają materialną kompletność systemu prawa, dla której osiągnięcia jak wskazuje H. Lauterpacht, konieczne jest aby sędzia uwzględniał nie tylko literę prawa, ale również jego ducha i cel¹⁹. Sądowa identyfikacja zasad ogólnych i wypełnianie luk w prawie przez odwołanie się do nich stanowi naturalną drogę rozwoju prawa międzynarodowego²⁰.

Odwoływanie się do ogólnych zasad prawa jest wpisane w istotę międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości. Jak wskazuje H. Lauterpacht funkcją sędziego międzynarodowego i jego podstawowym obowiązkiem jest wydanie decyzji w sprawie sporu, który został mu przedstawiony²¹. Aby jednak sędzia międzynarodowy mógł pełnić powierzoną mu funkcję sądową w przedstawionym znaczeniu, konieczne jest przyjęcie co najmniej dwóch założeń. Po pierwsze, należy przyjąć, że każdy spór między podmiotami prawa międzynarodowego jest regulowany prawem międzynarodowym i może zostać rozstrzygnięty w oparciu o normy tego prawa²². Po drugie, system prawa jest z założenia systemem kompletnym. Mimo że niektóre akty prawne, czy też dziedziny prawa mogą być uregulowane w sposób niezupełny, to jednak nie występują luki w systemie prawa jako całości²³. Dzieje się tak dlatego, że na system ten składają się nie tylko reguły ustanowione przez państwa w prawie traktatowym i zwyczajowym (oparte na wyraźnej zgodzie państw), ale jego częścią są również ogólne zasady prawa. Luki w prawie są zatem jedynie pozorne i jeżeli patrzeć na prawo międzynarodowe w kategoriach zasad ogólnych i analogii prawa krajowego, ich istnienie jest mało prawdopodobne. Co więcej, H. Lauterpacht pośrednio wywodzi z art. 38 statutu MTS zakaz *non-liquet* wskazując, że zakres tego przepisu, a w szczególności jego ust. 1 pkt c są wystarczająco szerokie dla udzielenia odpowiedzi prawnej w każdym sporze, a następnie stwierdza, że „(z)akaz *non liquet* jest jedną z „ogólnych zasad prawa uznanych przez narody cywilizowane”²⁴.

Sędzia zatem rekonstruuje każdorazowo porządek prawny w ten sposób, że prawo obowiązujące znajduje swoje uzasadnienie w oparciu o zbiór zasad wiążących sędziego, do których stosowania jest on zobowiązany. Swoboda sędziowska nie oznacza jednak dowolności i nie przyznaje sędziemu roli prawotwórczej²⁵. Odkrywa on bowiem już istniejące w prawie

come into being in accordance with right process”, zob. *Legitimacy in the International System*, American Journal of International Law 1988, vol. 95, s. 706.

¹⁸ R.Y. Jennings, *What is international law and how do we tell it when we see it?*, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 1981, vol. 37, s. 59.

¹⁹ Zob. H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 2013, s. 94.

²⁰ *Ibidem*, s. 68.

²¹ *Ibidem*, s. 20.

²² Jak wskazuje Lauterpacht „all international disputes are, irrespective of their gravity, disputes of a legal character in the sense that, so long as the rule of law is recognized, they are capable to be answered by the application of legal rules”. *Ibidem*, s. 166.

²³ *Ibidem*, s. 68-70.

²⁴ *Ibidem*, s. 75.

²⁵ Por. R. Dworkin (przypis 14), s. 72 – 86.

ogólne zasady i ustala na ich podstawie konsekwencje prawne w przedstawionym mu stanie faktycznym.

Rolą ogólnych zasad prawa jest również zapewnianie spójności prawa międzynarodowego jako systemu, co ma istotne znaczenie w kontekście jego fragmentacji. System prawa jest zawsze zbiorem uporządkowanym. Między normami składającymi się na system prawny występują powiązania treściowe porządkujące normy danego systemu tak, że normy te tworzą zbiór spójny, znajdujący na gruncie spójnej wiedzy uzasadnienie aksjologiczne w spójnym systemie wartości²⁶. Uporządkowaniu zbioru, jakim jest system prawa służą m.in. zasady prawa²⁷. Nie inaczej jest w systemie prawa międzynarodowego, mimo jego specyfiki polegającej na braku scentralizowania procesu stanowienia prawa, braku hierarchiczności źródeł prawa oraz braku sądu o uniwersalnej jurysdykcji stojącego na straży jednolitego stosowania i spójności prawa międzynarodowego. Jak wskazała Komisja Prawa Międzynarodowego w Raporcie w sprawie fragmentacji prawa międzynarodowego: „Prawo międzynarodowe jest systemem prawnym. Jego reguły i zasady (t.j. normy) działają w powiązaniu i powinny być interpretowane na tle innych reguł i zasad. Jako system prawny, prawo międzynarodowe nie jest przypadkowym zbiorem takich norm. Występują między nimi znamienne relacje. Normy mogą zatem istnieć na wyższym i niższym szczeblu hierarchii, ich sformułowanie może obejmować wyższy poziom ogólności bądź szczególowości, a ich obowiązywanie może być wcześniejsze lub późniejsze w czasie”²⁸.

Prawo międzynarodowe jest zatem systemem uniwersalnym w tym znaczeniu, że może być postrzegane jako stanowiący zorganizowaną całość, spójny system prawny, a nie pozostaje ono przypadkowym zbiorem norm powiązanych w niewielkim stopniu²⁹. Ogólne zasady prawa pełnią w nim rolę porządkującą wskazując sposób stosowania norm traktatowych i zwyczajowych (przede wszystkim zasada dobrej wiary) oraz służąc jako reguły interpretacyjne przy stosowaniu innych norm. Szczególne znaczenie dla zachowania spójności prawa międzynarodowego ma pośrednie stosowanie zasad ogólnych w ramach reguł interpretacyjnych wynikających z Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r (*dalej* KWPT), które w praktyce sądów międzynarodowych zostały rozciągnięte również na inne niż traktatowe normy prawa międzynarodowego, a następnie objęte tzw. zasadą harmonizacji ujętą w Raporcie Komisji Prawa Międzynarodowego (*dalej* KPM) w sprawie fragmentacji. W raporcie tym Komisja stwierdziła, że „jest powszechnie uznaną zasadą, że jeśli kilka norm dotyczy tej samej kwestii, powinny być one interpretowane, w możliwym zakresie, tak, aby stanowić podstawę jednolitego zbioru zgodnych zobowiązań”³⁰. W niektórych przypadkach realizacja postulatu spójności prawa międzynarodowego wymaga interpretacji norm traktatowych i zwyczajowych w świetle zasad ogólnych w sensie dyrektywnym, nie jako bezpośrednich źródeł zobowiązań międzynarodowych, ale jako reguł porządkujących i wskazujących sposób stosowania innych norm systemu.

²⁶ Zob. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 224.

²⁷ *Ibidem*, s. 225.

²⁸ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, A/CN.4/L.682, s. 3.

²⁹ B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, *European Journal of International Law* 2009, vol. 20, s. 268-269.

³⁰ Report of the Study Group (przypis 28), s. 23.

Dla zapewnienia spójności systemu prawa międzynarodowego istotne znaczenie ma również wyodrębnienie ogólnych zasad prawa w sensie hierarchicznym. W tym znaczeniu nie mamy na myśli ogólnych zasad prawa jako źródeł nadrzędnych w stosunku do zwyczaju lub traktatu. Zróżnicowanie to ma zastosowanie przez odniesienie do relatywnej wagi przedmiotu zasady. Z tego punktu widzenia mówić możemy o podstawowych zasadach międzynarodowego porządku prawnego, w tym o zasadach prawa stanowiących immanentną część logiki prawniczej, czy zasadach stanowiących podstawę wszelkich relacji regulowanych daną dziedziną prawa. Przykładem tego typu zasad będzie zasada dobrej wiary, *pacta sunt servanda*, zasada rządów prawa, suwerenna równość państw czy zakaz użycia siły itd. Podstawą wyróżnienia zasad spośród innych norm systemu jest pełniona przez nie funkcja, lub interes społeczny, który odzwierciedlają. Sprawia ona, że ogólne zasady prawa mają dla systemu prawa zasadnicze lub szczególne znaczenie i to czyni je częścią prawa. Ich nadrzędność w stosunku do innych norm może mieć charakter systemowy (zasady konstytucyjne), logiczny (ogólne zasady, które logicznie odzwierciedlają koncepcję prawa) lub materialny – (inne normy muszą być z zasadami zgodne)³¹. Oznacza to, że mimo braku hierarchiczności źródeł prawa międzynarodowego nie zawsze „szczegółowa” norma traktatowa przeważa nad „ogólną” zasadą prawa zgodnie z regułą kolizyjną *lex specialis derogat legi generali*. Ogólna zasada prawa może bowiem determinować sposób, w jaki ma być zastosowana norma traktatowa. Może ona wpływać na stosowanie norm traktatowych jako czynnik ograniczający. W tym kontekście zatem właściwe wydaje się stwierdzenie, że zasada ogólna przeważa (*prevails*) nad normą traktatową³².

Klasyczny wręcz przykład wyróżnienia norm prawnych jako zasad o szczególnym znaczeniu stanowią mające zastosowanie do konfliktów zbrojnych zasady prawa humanitarnego. MTS w opinii doradczej w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* odniósł się do nich jako do ogólnych zasad prawa mających charakter podstawowy, które muszą być przestrzegane przez wszystkie państwa, niezależnie czy ratyfikowały one Konwencje genewskie z 1907 r., ponieważ stanowią *intransgressible principles of international customary law*³³. Normy te nie zostały jednak uznane przez Trybunał za peremptoryjne normy prawa międzynarodowego (*ius cogens*)³⁴. Trybunał wskazał zatem na szczególne znaczenie norm prawa humanitarnego, jako ogólnych zasad prawa znajdujących odzwierciedlenie w prawie zwyczajowym, dla systemu prawa międzynarodowego i określania zakresu innych norm tego systemu, nie przyznając im jednak pozycji nadrzędnej. W konsekwencji Trybunał uznał, że w świetle obowiązującego prawa międzynarodowego nie można definitywnie stwierdzić, że groźba użycia siły byłaby legalna lub nielegalna w ekstremalnych okolicznościach, w których samo zachowanie istnienia państwa byłoby zagrożone. Oznacza to, że Trybunał nie wykluczył sytuacji, w której prawo do samoobrony przeważałoby nad zasadami prawa humanitarnego.

³¹ O. Elias, Ch. Lin, "General Principles of Law", *"Soft Law" and the Identification of International Law*, Netherlands Yearbook of International Law 1997, vol. 23, s. 6.

³² G. Gaja (przypis 2), pkt 22.

³³ Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, pkt 79.

³⁴ Trybunał uznał bowiem, że pytanie skierowane do niego przez Zgromadzenie Ogólne dotyczyło kwestii konsekwencji prawnych mających zastosowanie w sprawie norm prawa humanitarnego a nie ich charakteru. *Ibidem*, pkt 83.

Odmienne stanowisko, uznające zasady prawa humanitarnego za normy peremptoryjne zostało natomiast przedstawione przez sędziego Weeramantry w opinii odrębnej³⁵.

3. Miejsce ogólnych zasad prawa w prawie międzynarodowym stosowanym przez sądy międzynarodowe

Od początku istnienia międzynarodowych organów rozstrzygania sporów ogólne zasady prawa odgrywały istotną rolę w ich praktyce orzeczniczej. Działo się tak w szczególności za sprawą szerokiego określania podstaw orzekania. Organy te miały stosować nie tylko normy traktatowe i zwyczajowe, ale również „sprawiedliwość, słuszość”, czy „zasady sprawiedliwości” lub też orzekać na podstawie „poszanowania prawa” (*on the basis of respect of law*). Z orzecznictwa sądów arbitrażowych wynika, że ogólne zasady prawa były uznawane za część prawa międzynarodowego³⁶. Jak wskazał już w 1910 r. Brytyjsko-Amerykański Trybunał Arbitrażowy ani prawo międzynarodowe, ani prawo krajowe, nie dają czasami wyraźnych odpowiedzi jak sędzia ma zastosować prawo. Sędziowie muszą więc rozstrzygać konflikty między przeciwstawnymi prawami i interesami, stosując w braku odpowiednich norm prawnych, wnioski wynikające z ogólnych zasad prawa. Jest to metoda, dzięki której te systemy prawne mogą ewoluować³⁷.

W tym kontekście należy uznać, że ujęcie w art. 38 statutu STSM wśród podstaw orzekania przez sąd światowy ogólnych zasad prawa potwierdziło jedynie ich przynależność do systemu prawa międzynarodowego. Zmiana w brzmieniu art. 38 ust. 1 nadana mu w 1945 r. podczas prac nad statutem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości³⁸ nie pozostawia wątpliwości, że zasady ogólne nie są w nim rozumiane jako maksymy prawne czy elementy pozaprawne, takie jak koncepcje etyczne czy moralne, ale jako część prawa stosowanego

³⁵ Zdaniem sędziego Weeramantry: "(t)he rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of *ius cogens*, for they are fundamental rules of a humanitarian character, from which no derogation is possible without negating the basic considerations of humanity which they are intended to protect". Opinia odrębna do opinii doradczej MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996.

³⁶ Zob. w szczególności bogatą praktykę B. Cheng (przypis 2); H. Lauterpacht, *Private Law Sources And Analogies of International Law*, Oxford 1927, s. 216-291; J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Waszyngton 1898.

³⁷ „International law, as well as domestic law, may not contain, and generally does not contain, express rules decisive for particular cases; but the function of jurisprudence is to resolve opposing rights and interests by applying, in default of any specific provisions of law, the corollaries of general principles, and so to find (...) the solution of the problem. This the method of jurisprudence; it is the method by which the law has been gradually evolved in every country resulting in the definition and settlement of legal relations as well between states as between private individuals”. *Eastern Extensions, Australasia and China telegraph Co., Ltd., Case (1923)*, Nielsen's Report, s. 40, za B. Cheng (przypis 2), s. xiii.

³⁸ Poprawka zaproponowana przez delegację chilijską. Zmianę w *chapeau* art. 38 wyjaśniono w następujący sposób: "The First Committee has adopted an addition to be inserted in the introductory phrase of this article referring to the function of the Court to decide disputes submitted to it in accordance with international law. The lacuna in the old Statute with reference to this point did not prevent the Permanent Court of International Justice from regarding itself as an organ of international law; but the addition will accentuate that character of the new Court." Podają za A. Pellet (przypis 10), s. 677.

przez Trybunał³⁹. Art. 38 statutu wyraźnie bowiem wskazuje że: „Trybunał, którego zadaniem jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach, które będą mu przekazane, będzie stosował: (...) zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane (...)”.

Wyodrębnienie ogólnych zasad prawa wśród źródeł prawa międzynarodowego miało wyposażyć Trybunał w środki pozwalające usunąć braki wynikające z ciągle niedoskonałego rozwoju prawa międzynarodowego, w szczególności uniknięcia sytuacji *non-liquet*, jednak bez przyznania Trybunałowi uprawnień prawodawczych. Jak wskazuje się w literaturze, autorzy art. 38 zapewнили Trybunałowi możliwość rozwoju prawa międzynarodowego przez uciekanie się do niesformułowanych zasad ogólnych w taki sam sposób, w jaki sądy krajowe nie są całkowicie ograniczone do stosowania prawa pozytywnego, ale rozwijają prawo przez stosowanie uznanych zasad ogólnych do nowych sytuacji⁴⁰. Z drugiej strony, nie ulega wątpliwości, że twórcy statutu odrzucili możliwość, aby Trybunał dysponował rzeczywistą władzą stanowienia prawa, którą należy odróżnić do stosowania już uznanych zasad prawa⁴¹. Art. 38 nie pozostawia zatem wątpliwości, że prawo międzynarodowe, podobnie jak prawo krajowe, zawiera niepisany element w postaci ogólnych zasad prawa stosowanych przez sądy międzynarodowe bez konieczności dowodzenia formalnej zgody na związanie się nimi przez strony postępowania⁴².

Mimo że art. 38 ust. 1 pkt c wiąże jedynie MTS, stanowi on nie tylko punkt wyjścia do dyskusji nad miejscem zasad ogólnych w prawie międzynarodowym, ale również podstawę stosowania ogólnych zasad prawa bezpośrednio lub pośrednio, przez inne sądy międzynarodowe, niezależnie od tego, czy statut bądź porozumienie określające podstawy orzekania wskazuje je wyraźnie czy też nie. Podejście to opiera się na założeniu, że art. 38 ust. 1 zawiera definicję prawa międzynarodowego stosowanego przez sądy międzynarodowe⁴³.

MTS jest jedynym sądem międzynarodowym o kompetencji ogólnej. Strony mogą uznać kompetencję Trybunału w każdym sporze podlegającym prawu międzynarodowemu. Pozostałe sądy międzynarodowe wywodzą swoją kompetencję z traktatu lub innego aktów prawa międzynarodowego, określających szczegółowy zakres ich jurysdykcji, w tym zwykle podstawy orzekania. Jeśli jednak w oparciu o szczegółowe postanowienia statutu danego sądu nie można ustalić wystarczających podstaw prawnych do rozstrzygnięcia sprawy, sądy sięgają do źródeł wymienionych w art. 38 ust. 1 pkt b i pkt c.

Do art. 38 ust. 1 statutu MTS odwoływały się w swojej praktyce międzynarodowe trybunały karne począwszy od Trybunału Norymberskiego. Szczególne znaczenie ma tu bogata

³⁹ Zob. H. Mosler (przypis 2), s. 516. Niektórzy autorzy kwestionują jednak autonomiczny charakter ogólnych zasad prawa. Charakterystyczny jest tu pogląd G. Tunkina, który zauważa, że art. 38 wymaga by ogólne zasady prawa były wspólne dla wszystkich systemów prawa i stanowiły część prawa międzynarodowego. Spełnienie tych wymogów nie jest możliwe ze względu na różnice w ogólnych zasadach prawa państw socjalistycznych i kapitalistycznych, oraz co w tym miejscu bardziej istotne, muszą one znaleźć wyraz w prawie zwyczajowym lub konwencyjnym. Zob. *idem* (przypis 2), s. 35-36.

⁴⁰ Zob. H. Waldock, *General Course on Public International Law*, Recueil des Cours. Académie de Droit International, 1962-II, s. 56.

⁴¹ Zob. *ibidem*, s. 56.

⁴² Por. *ibidem*, s. 57, który jednak ogranicza pojęcie ogólnych zasad prawa do zasad prawa krajowego.

⁴³ Zob. H. Mosler (przypis 2), s. 515.

praktyka trybunałów karnych *ad hoc* powołanych na mocy rezolucji RB ONZ⁴⁴, które stały przed zadaniem sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w warunkach, w których nie wszystkie kwestie zostały wprost lub dostatecznie precyzyjnie uregulowane w ich statutach, co powodowało konieczność szerokiego odwoływania się do ogólnych zasad prawa. Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Byłej Jugosławii (*dalej* MTKJ) w wyroku w sprawie *Delalić*⁴⁵ uzasadniając odwołanie do międzynarodowego prawa humanitarnego, jako prawa zwyczajowego w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* stwierdził, że zakres przedmiotowy jego jurysdykcji jest określony przez prawo międzynarodowe co oznacza, że jest on upoważniony do odwoływania się do źródeł prawa wymienionych w art. 38 statutu MTS⁴⁶. MTKJ uznał również, że jego zobowiązanie do orzekania w oparciu o prawo międzynarodowe wynika przede wszystkim z faktu, że jest sądem międzynarodowym. Szerokie korzystanie przez trybunały karne *ad hoc* z ogólnych zasad prawa⁴⁷ było przez niektórych przedstawicieli doktryny oceniane krytycznie jako nadmierny aktywizm sędziowski⁴⁸. W konsekwencji art. 21 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (*dalej* MTK) w sposób szczegółowy określił zarówno prawo, które ma być stosowane przez Trybunał jak i okoliczności, w których możliwe jest odwołanie się do powszechnego prawa międzynarodowego, w tym do ogólnych zasad prawa. Zgodnie z tym przepisem:

Trybunał stosuje:

(a) w pierwszej kolejności niniejszy statut, Elementy Definicji Zbrodni, Reguły Procesowe i Dowodowe;

(b) w drugiej kolejności odpowiednie traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z uznanymi zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych;

(c) w razie braku (a) i (b) - ogólne zasady prawa wyinterpretowane przez Trybunał z praw krajowych różnych systemów prawnych świata, a we właściwych przypadkach – łącznie z prawem krajowym państw, które same wykonywałyby jurysdykcję w stosunku do danej zbrodni, o ile zasady te nie są niezgodne z niniejszym statutem, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i standardami.

Nie ulega wątpliwości, że jednym z celów art. 21 statutu było ograniczenie możliwości odwoływania się przez Trybunał do ogólnych zasad prawa jedynie w sytuacji, gdy spełnione zostały wymienione w pkt c art. 21 statutu MTK wymagania określone w doktrynie jako subydiarność, abstrakcyjność, reprezentatywność oraz zgodność⁴⁹. Warunki te zostały wcześniej wskazane w orzecznictwie trybunałów karnych⁵⁰.

W kontekście podstaw stosowania przez międzynarodowe organy rozstrzygania sporów zasad ogólnych charakterystyczny wydaje się przypadek organów WTO, których podstawy orzekania zostały określone w art. 3 (2) Porozumienia w sprawie reguł i procedur rządzących

⁴⁴ Zob. w szczególności rezolucja RB ONZ nr 827 (1993) z 25 maja 1995 r. ustanawiająca Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii oraz rezolucja RB ONZ nr 935 (1994) z 8 listopada 1994 r. ustanawiająca Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy.

⁴⁵ Zob. wyrok MTKJ z 16 listopada 1998 w sprawie nr IT-96-21-T, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo*, pkt 414.

⁴⁶ *Ibidem*, pkt 415.

⁴⁷ Zob. szerzej pkt 4.1 niniejszego opracowania.

⁴⁸ Zob. G. Sluiter, *Procedural Lawmaking at the International Criminal Tribunals*, (w:) S. Darcy, J. Powderly (red.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford 2000, s. 315 i n.

⁴⁹ Zob. F. O. Raimondo (przypis 2), s. 149-150.

⁵⁰ Zob. szerzej pkt 4.2 niniejszego opracowania.

rozstrzygnięciem sporów⁵¹ dość restrykcyjnie, jak się wydaje w celu ograniczenie ewentualnego nadmiernego aktywizmu. Przepis ten stanowi, że zadaniem organów rozstrzygania sporów jest „wyjaśnianie” Porozumienia Ogólnego i innych porozumień objętych Porozumieniem zgodnie ze zwyczajowymi ogólnymi regułami interpretacji prawa międzynarodowego. Praktyka organów rozstrzygania sporów WTO na podstawie tego ogólnego sformułowania włączyła powszechne prawo międzynarodowe, w tym ogólne zasady prawa, do stosowanego przez nie prawa. Organ Apelacyjny w sprawie *US – Gasoline* odwołując się do ogólnej reguły interpretacyjnej zawartej w art. 31 ust. 3 pkt c KWPT jako normy zwyczajowej powszechnego prawa zwyczajowego uznał własne zobowiązanie do uwzględniania w praktyce orzeczniczej powszechnego prawa międzynarodowego, w tym ogólnych zasad prawa⁵². Art. 31 ust. 3 pkt c KWPT stanowi, że przy interpretacji normy prawa międzynarodowego należy brać pod uwagę także wszelkie odpowiednie reguły prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

Podobną formułę, powołującą ogólną zasadę interpretacji wyrażoną w art. 31 ust 3 pkt c KWPT stosuje Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (*dalej* ETPC) odwołując się do prawa międzynarodowego, w tym do ogólnych zasad tego prawa jako środków interpretacyjnych postanowień Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (*dalej* EKPC) jako „żywego instrumentu”. Trybunał wielokrotnie wskazywał, że „przy stosowaniu Konwencji konieczne jest uwzględnienie rozwoju prawa międzynarodowego, a sama Konwencja i załączone do niej Protokoły nie mogą być interpretowane w próżni, ale powinny być interpretowane zgodnie z ogólnymi zasadami prawa, którego są częścią. Należy w szczególności uwzględniać, jak to zostało wskazane w art. 31 ust. 3 pkt c Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., normy dotyczące ochrony praw człowieka”⁵³.

Szczególny przypadek sądu międzynarodowego stanowi Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*dalej* TSUE). Mimo że jest on niewątpliwie sądem międzynarodowym, to jednocześnie działa w ramach specyficznego reżimu prawnego cechującego się wysokim stopniem autonomii wobec prawa międzynarodowego. Uzasadnia to rozróżnienie między stosowaniem

⁵¹ Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, art. 3.2: “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”.

⁵² “The ‘general rule of interpretation’ set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the ‘customary rules of interpretation of public international law’ which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the *General Agreement* and the other ‘covered agreements’ of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* (the ‘*WTO Agreement*’). That direction reflects a measure of recognition that the *General Agreement* is not to be read in clinical isolation from public international law.” Raport organu odwoławczego z 29 kwietnia 1996 r. w sprawie nr WTO WT/DS2/AB/R *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, s. 17.

⁵³ Zob. wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 5763/97, *Al-Adsani v. UK*, pkt 55, wyrok ETPC z 12 listopada 2008 r. w sprawie nr 34503/97, *Demir and Baykara v. Turkey*, pkt 67; wyrok ETPC z 29 stycznia 2008 r. w sprawie nr 13229/03, *Saadi v. UK*, pkt 62.

zasad ogólnych jako źródeł prawa międzynarodowego, a stosowaniem zasad ogólnych jako specyficznego źródła prawa Unii. Rozróżnienie to jest obecne w praktyce Trybunału.

Już w pierwszych latach istnienia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali Trybunał Sprawiedliwości odwoływał się do ogólnych zasad prawa, w szczególności w kwestiach kompetencyjnych. Dla ówczesnych komentatorów oczywiste było, że stanowiło to stosowanie przez Trybunał ogólnych zasad prawa jako źródeł prawa międzynarodowego w celu uzupełnienia luk w prawie traktatowym⁵⁴. Przez długi czas jednak Trybunał wstrzymywał się co do wypowiedzi w sprawie miejsca zarówno zwyczaju jaki i ogólnych zasad prawa w ówczesnym prawie wspólnotowym. Dopiero w sprawie C-286/90 *Poulsen* Trybunał uznał wyraźnie własne zobowiązanie do respektowania prawa międzynarodowego w wykonywaniu powierzonej mu jurysdykcji⁵⁵. Natomiast w wyroku w sprawie C-162/96 *Racke* dowołał się do zasady *pacta sunt servanda* jako do „podstawowej zasady każdego porządku prawnego, a w szczególności międzynarodowego porządku prawnego”⁵⁶.

Jednocześnie TSUE rozwijał od lat 60-tych koncepcję zasad ogólnych jako części prawa wewnętrznego organizacji, jaką jest Unia Europejska (wcześniej Wspólnota Europejska). Podstawę dla prawotwórczego rozwoju koncepcji ogólnych zasad prawa stanowił w szczególności obecny art. 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵⁷, zgodnie z którym rolą Trybunału jest stanie na straży poszanowania prawa przy stosowaniu i wykładni Traktatów. W oparciu o ten przepis Trybunał stosował ogólne zasady prawa jako części prawa pierwotnego („karty konstytucyjnej Wspólnoty”⁵⁸). Trybunał określił rolę ogólnych zasad prawa w orzeczeniu w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, w którym wskazał, że poszanowanie praw podstawowych stanowi część zasad ogólnych podlegających jego ochronie. Ochrona tych praw inspirowanych przez tradycje konstytucyjne wspólne państwom członkowskim musi zostać zapewniona w ramach struktury i celów Wspólnoty⁵⁹.

⁵⁴ Zob. W. Lorenz, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, American Journal of Comparative Law 1964, vol. 13, s. 1-29; R. B. Schlesinger, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, American Journal of International Law, 1957, vol. 51, nr 4, s. 737-738.

⁵⁵ Zob. wyrok TSUE z 24 listopada 1992 r. w sprawie C-286/90 *Anklagemyndigheden przeciwko Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*, pkt 9.

⁵⁶ Zob. Wyrok TSUE z 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-162/96 *A. Racke GmbH & Co przeciwko Hauptzollamt Mainz*, pkt 49. Zob. też wyrok TSUE z 10 września 1996 w sprawie C-61/94 *Komisja v. Niemcy*, pkt 30, wyrok TSUE z 25 lutego 2010 r. w sprawie C-386/08 *Brita GmbH przeciwko Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, pkt. 39-42. Trybunał odwoływał się również wielokrotnie do Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., w szczególności do jej art. 31 i art. 32, zob. m.in. wyrok TSUE z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie C-416/96 *Nour Eddline El-Yassmi przeciwko Secretary of State for the Home Department*, pkt 47; wyrok TSUE z dnia 20 listopada 2001 r. w sprawie C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others przeciwko Staatssecretaris van Justitie*, pkt 35.

⁵⁷ Szerzej zob. m.in. A. Wentkowska, *Zasady wspólne dla państw członkowskich – u źródeł niepisane ius commune europeum*, (w:) C. Mik, *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007, s. 21-42; K. Lenaerts, J. A. Gutierrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, Common Market Law Review 2010, vol. 47, s. 1629-1669; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006.

⁵⁸ Zob. Opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. w sprawie 1/91, pkt. 21.

⁵⁹ Wyrok TSUE z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft GmbH przeciwko Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreiden und Futtermittel*, pkt. 3-4.

Ostateczne potwierdzenie autonomicznego charakteru prawa Unii miało miejsce w wyroku w sprawie C-402/05 P i C-415/05 *Kadi*⁶⁰, w którym Trybunał odrzucił stanowisko Sądu Pierwszej Instancji⁶¹. Sąd ten uznał, że sądy wspólnotowe nie mają co do zasady żadnej właściwości do dokonywania kontroli ważności rozporządzenia, które wykonywało wiążącą rezolucję Rady Bezpieczeństwa ONZ, ponieważ państwa członkowskie są obowiązane do zastosowania się do rezolucji RB, zgodnie z brzmieniem Karty Narodów Zjednoczonych, tj. umowy międzynarodowej, która ma pierwszeństwo przed prawem wspólnotowym. Sąd dopuścił jedynie możliwość kontroli zgodności takiego rozporządzenia z niektórymi nadrzędnymi normami prawa międzynarodowego (*ius cogens*).

W swoim wyroku Trybunał Sprawiedliwości przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Wspólnota (obecnie Unia) jest wspólnotą prawa, to znaczy, że zarówno państwa członkowskie, jak i instytucje podlegają kontroli zgodności wydanych przez nie aktów z kartą konstytucyjną, jaką stanowią Traktaty założycielskie, oraz że ustanawiają one zupełny system środków prawnych i procedur w celu powierzenia Trybunałowi Sprawiedliwości kontroli zgodności z prawem aktów instytucji. Trybunał przypomniał również, że żadna umowa międzynarodowa nie może naruszać struktury kompetencyjnej określonej w Traktatach, a więc niezależności wspólnotowego systemu prawnego, nad której przestrzeganiem czuwa Trybunał zgodnie z wyłączną kompetencją, w którą jest wyposażony na podstawie Traktatów (obecnie art. 19 TUE). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, nad których przestrzeganiem czuwa Trybunał. Ich przestrzeganie stanowi przesłankę zgodności z prawem aktów instytucji a środki niedające się z nimi pogodzić są w Unii niedopuszczalne. Trybunał skonkludował, że zobowiązania nałożone umową międzynarodową nie mogą skutkować naruszeniem zasad konstytucyjnych Unii, wśród których znajduje się zasada, zgodnie z którą wszystkie akty instytucji powinny przestrzegać praw podstawowych, przy czym przestrzeganie to stanowi przesłankę ich zgodności z prawem, a kontrola, czy przesłanka ta jest spełniona, należy do Trybunału w ramach zupełnego systemu środków prawnych ustanowionego w Traktatach założycielskich⁶².

Przyjęte w orzeczeniu w sprawie *Kadi* stanowisko wobec relacji między prawem Unii a prawem międzynarodowym oparte było na podejściu dualistycznym, które stanowiło konsekwencję koncepcji autonomicznego względem prawa międzynarodowego charakteru prawa Unii i pozwoliło na kontrolę legalności aktów prawa Unii bez formalnego kwestionowania samej rezolucji RB ONZ. Przedstawione powyżej rozróżnienie w systemie prawa Unii ogólnych zasad prawa jako źródeł prawa międzynarodowego oraz ogólnych zasad prawa jako „norm konstytucyjnych” w porządku prawnym Unii stało się podstawą wyłączenia praktyki TSUE stosowania tych ostatnich norm z naszej analizy. Mimo że prawo Unii stanowi, *self-contained regime* w ramach prawa międzynarodowego⁶³, to jednak konstrukcja zasad ogólnych w tym systemie jest bardziej zbliżona do zasad konstytucyjnych w prawie krajowym niż ogólnych

⁶⁰ Wyrok TSUE z 3 września 2008 r. w sprawie C-402/05 P i C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi oraz Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie*.

⁶¹ Wyrok TSUE (Sądu) z 21 września 2005 w sprawie T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie i Komisji*.

⁶² Wyrok TSUE w sprawie *Kadi* (przypis 60), pkt. 283-286. Zob. też Wyrok TSUE z 18 lipca 2013 r. w sprawie C-584/10 P *Komisja Europejska et al. przeciwko Yassin Abdullah Kadi*.

⁶³ Zob. szerzej B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, s. 483-529.

zasad prawa w prawie międzynarodowym. Jest ona nieporównywalna z kształtowaniem się w ramach szczególnych reżimów traktatowych zasad ogólnych specyficznych dla poszczególnych dziedzin prawa międzynarodowego, takich jak międzynarodowego prawa karnego, międzynarodowego prawa ochrony środowiska czy międzynarodowego prawa handlu.

4. Pojęcie ogólnych zasad prawa w świetle ich pochodzenia w praktyce sądów międzynarodowych

W doktrynie prawa międzynarodowego pojęcie ogólnych zasad prawa nie jest rozumiane jednolicie⁶⁴. Sądy międzynarodowe najczęściej posługują się kategorią zasad ogólnych jako zrozumiałą samą przez się. Pojawia się zatem pytanie, w jaki sposób odróżnić w praktyce sądowej proces identyfikacji i dekodowania ogólnych zasad prawa od procesu prawotwórczego polegającego na tworzeniu nowych norm. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie zawarta jest w art. 38 ust. 1 pkt c statutu MTS. Wskazuje na „zasady ogólne uznane przez narody cywilizowane”. Choć pojęcie „narodów cywilizowanych” uznać można dziś za anachroniczne⁶⁵, to jednak wymóg uznania pozostaje podstawowym kryterium ich identyfikacji. Jak słusznie wskazuje B. Cheng, zgodnie z art. 38, ogólne zasady prawa wymagają uznania, ale w odróżnieniu od zwyczaju międzynarodowego, nie jest konieczne wykazanie ogólnej praktyki⁶⁶. Uznanie przy tym nie może być utożsamiane z istnieniem po stronie państw wyraźnej zgody na wiążący skutek ogólnych zasad prawa⁶⁷. Jest ono raczej wyrazem *opinio iuris communis*, wywodzonej z zasad obowiązujących w prawie krajowym lub międzynarodowych aktów państw zarówno o charakterze prawotwórczym (prawo traktatowe i zwyczajowe) jak i politycznym (przez odniesienie do aktów Zgromadzenia Ogólnego ONZ, czy innych aktów przyjmowanych na forum międzynarodowym bez zamiaru nadania im skutków prawnych), jak również z orzecznictwa sądów międzynarodowych⁶⁸. W tym znaczeniu, jak wskazał sędzia Tanaka w sprawie *South-West Africa* ogólne zasady prawa rozszerzają koncepcję źródeł

⁶⁴ Za ogólne zasady prawa uznawane są: ogólne zasady prawa krajowego, ogólne zasady prawa międzynarodowego, lub generalnie ogólne zasady prawa (uniwersalne), por. M. Mendelson, *The International Court of Justice and the sources of international law*, (w:) V. Lowe, M. Fitzmaurice, *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge 1996, s. 79.

⁶⁵ Zob. W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 98. W literaturze coraz częściej odnosi się wymóg uznania do „wspólnoty międzynarodowej”. Zob. P. Hulsroj, *Three sources no river; A Hard Look at Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and "General Principles of Law"*, *Austrian Journal of Public and International Law* 1999, vol. 54, s. 245; B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles of Law*, *Australian Journal of International Law* 1991, vol. 12, s. 85.

⁶⁶ B. Cheng (przypis 2), s. 24.

⁶⁷ Jak wskazuje S. Rosenne: „Having independent existence, their validity as legal norms does not derive from the consent of the parties as such... The Statute places this element on a footing of formal equality with two positivist elements of custom and treaty, and thus is positivist recognitions of the Grotian concept of the co-existence implying no subjugation of positive law and so-called natural law of nations in the Grotian sense.” (The International Court of Justice, 1965, Vol. II, s. 610).

⁶⁸ Por. M. C. Bassiouni (przypis 2), s. 789. Można nawet pójść dalej i za B. Simmą oraz P. Alstonem powiedzieć, że „general principles seem to conform more closely than the concept of custom to the situation where a norm invested with strong inherent authority is widely accepted even though widely violated.” (przypis 65), s. 86.

prawa poza ograniczenia pozytywizmu prawniczego, zgodnie z którym państwa są związane wyłącznie swoją wolą⁶⁹.

Wymóg uznania stanowi jednocześnie dla sędziów granicę swobody pozostawionej przy identyfikacji ogólnych zasad prawa i określaniu ich treści. Analiza praktyki w tym zakresie pozwoli stwierdzić jak sądy międzynarodowe rozumieją to ograniczenie. Zostanie ona przeprowadzona w oparciu o źródła, z których wywodzone są ogólne zasady prawa, a więc prześledzimy sposób identyfikacji ogólnych zasad prawa wywodzonych z prawa krajowego, ogólnych zasad prawa międzynarodowego i ogólnych zasad prawa.

4.1. Ogólne zasady wywodzone z prawa krajowego

Historycznie, koncepcja ogólnych zasad prawa odnosiła się do zasad ogólnie uznanych przez społeczność, których porządek prawny osiągnął pewien poziom rozwoju. W bardziej współczesnym ujęciu mówi się o zasadach jako ogólnie stosowanym prawie w prawie krajowym⁷⁰. Jeżeli dana zasada ogólna jest jedynie częścią prawa międzynarodowego (nie ma swojego odpowiednika w prawie krajowym), wówczas tak jak wskazano wcześniej uznanie zasady powinno znaleźć odzwierciedlenie w podejściu przyjętym przez społeczność międzynarodową w tym zakresie⁷¹. Można przyjąć, że proces rekonstrukcji ogólnych zasad prawa w oparciu o prawo krajowe przebiega następująco: sędzia najpierw identyfikuje zasadę wspólną dla systemów prawa krajowego, następnie wydobywa jej istotę i jeśli to konieczne, dostosowuje zasadę do potrzeb prawa międzynarodowego⁷².

Warto zwrócić uwagę, że sądy międzynarodowe odwołują się do zasad wywodzonych z prawa krajowego przede wszystkim w kwestiach proceduralnych. Sztandarowy przykład stanowi tu *res iudicata*, która jest powoływana jako ogólna zasada prawa nie tylko przez MTS⁷³, ale również, choć wstrzemięźliwie, przez inne międzynarodowe organy rozstrzygania

⁶⁹ "As an interpretation of Article 38, paragraph 1 (c), we consider that the concept of human rights and of their protection is included in the general principles mentioned in that Article. Such an interpretation would necessarily be open to the criticism of falling into the error of natural law dogma. But it is undeniable that in Article 38, paragraph 1 (c), some natural law elements are inherent. It extends the concept of the source of international law beyond the limit of legal positivism according to which, the States being bound only by their own will, international law is nothing but the law of the consent and auto-limitation of the State. But this viewpoint, we believe, was clearly overruled by Article 38, paragraph 1 (c), by the fact that this provision does not require the consent of States as a condition of the recognition of the general principles. States which do not recognize this principle or even deny its validity are nevertheless subject to its rule. From this kind of source international law could have the foundation of its validity extended beyond the will of States." Opinia odrębna sędziego Tanaki do wyroku MTS w sprawie *South-West Africa* (Liberia v. South Africa) (Second Phase), ICJ Reports 1966, s. 296. Można nawet pójść dalej i za B. Simmą oraz P. Alstonem powiedzieć, że „general principles seem to conform more closely than the concept of custom to the situation where a norm invested with strong inherent authority is widely accepted even though widely violated” ((przypis 64), s. 86).

⁷⁰ H. Mosler (przypis 2), s. 511-512.

⁷¹ Zob. G. Gaja (przypis 2), pkt 19.

⁷² Zob. J. Ellis, *General Principles and Comparative Law*, European Journal of International Law 2011, vol. 22, s. 954.

⁷³ Wyrok MTS w sprawie *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, (Preliminary objections) (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 1999, pkt. 31 i 39; Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, (Merits) (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 2001,

sporów⁷⁴. MTS powołuje także inne zasady procesowe⁷⁵. Zasady procesowe wywodzone z prawa krajowego zajmują szczególne miejsce w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych⁷⁶ przede wszystkim ze względu na przedmiot ich jurysdykcji, który mimo niewątpliwiej specyfiki międzynarodowego prawa karnego, jest analogiczny do krajowych postępowań karnych. Należy również odnotować odwołania do zasad procesowych wywodzonych z prawa krajowego w praktyce organów rozstrzygania sporów WTO⁷⁷.

Wydaje się, że identyfikacja ogólnych zasad prawa na podstawie prawa krajowego powinna być dokonywana w oparciu o metodę komparatystyczną⁷⁸. Jedynie bowiem porównanie systemów krajowych może dostarczyć dowodu na istnienie w nich powszechnego uznania konkretnej zasady i ustalenie jej treści. Pominięcie elementu komparatystycznego przy identyfikacji zasad ogólnych w oparciu o prawo krajowe rodzi niebezpieczeństwo, że sędziowie mogą wychodzić z założenia, że zasady funkcjonujące w ich własnych systemach prawnych są nieodłącznie związane z samą naturą prawa, podczas gdy dana zasada istnieje jedynie w jednym lub kilku systemach prawa krajowego⁷⁹. Czy jednak w takim razie konieczne jest w każdym przypadku stwierdzenie, że zasada ogólna jest wspólna wszystkim systemom prawa krajowego. Przyjęcie takiego kryterium wydaje się niemożliwe z przyczyn praktycznych. Po pierwsze, wymagałoby od sędziów międzynarodowych szczególnych kompetencji w dziedzinie prawa porównawczego. Po drugie, szczegółowe badanie wszystkich systemów prawnych wydaje się technicznie skomplikowanym zadaniem. Należy w takim razie przyjąć za sędzią Lachsem, że dla identyfikacji jako ogólnej zasady prawa nie jest konieczne spełnienie testu powszechnej akceptacji (*universal acceptance*), lecz dowodu na jej istnienie „powinno się szukać w zachowaniu dużej liczby państw, możliwie większości państw, a w każdym przy-

pkt 303; Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, pkt 116.

⁷⁴ Zob. szerzej I. Skomerska-Muchowska, *Res Judicata as Principle of Intentional Law – an Effective Solution to the Problem of Competing Jurisdiction*, (w:) B. Krzan (red.) *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wrocław 2012, s. 63-97.

⁷⁵ Na przykład w wyroku w sprawie *Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), ICJ Reports 2010 Trybunał powołał jako zasadę ogólną prawo do obrony; w wyroku w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, Trybunał odwołał się do zasady, zgodnie z którą strona postępowania jest zobowiązana do powstrzymania się od wszelkich środków, które mogłyby doprowadzić do pogłębienia lub rozwinięcia sporu pkt 103 i n. (analogicznie wyrok MTS w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2004); w wyroku w sprawie *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 2010, Trybunał powołał zasadę ciężaru dowodu.

⁷⁶ M.in. zasada *res iudicata* (wyrok MTKJ z 16 listopada 1998 (przypis 45), pkt. 204-235; opinia odrębna sędziego Nieto-Nawida do decyzji MTKR z 3 listopada 1999 r. w sprawie nr ICTR-97-19-AR72, *Barayagwiza v. Prosecutor*; ciężar dowodu (Decyzja MTK z 10 sierpnia 2007 r. w sprawie nr ICC-02/04-01/05, *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*, pkt. 13-15; *ne bis in idem* (Decyzja MTKJ z 14 listopada 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić*, pkt 9).

⁷⁷ Organ odwoławczy w Raporcie w sprawie *US – Shirts and Blouses* wskazał, że jest „generally accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions’ to apply the rule in WTO law that the burden of proof rests upon the party (...) who asserts the affirmative of a particular claim or defence”, Raport Organu Odwoławczego z 27 maja 1997 r. w sprawie nr WT/DS33/AB/, *United States – Measures Affecting the imports of Woven Shirts and Blouses from India*, s. 14.

⁷⁸ Szerzej zob. J. Ellis, (przypis 72), s. 949-971.

⁷⁹ H. Akehurst, (przypis 2), s. 801-825.

padku znacznej większości państw zainteresowanych⁸⁰. Jednocześnie jak podkreślił sędzia McNair w sprawie *International Status of South West Africa*, nie można uznać, że zasady systemów krajowych stają się automatycznie stosowalne w systemie prawa międzynarodowego. Aby sąd międzynarodowy mógł je powołać, muszą one stać się częścią systemu stosowanego przez niego prawa. W tym znaczeniu instytucje prawa krajowego powinny być raczej traktowane jako wyznaczniki polityki i zasad niż jako źródło formalne prawa międzynarodowego⁸¹.

MTS nie stosuje w zasadzie metody komparatystycznej. Fakt ten może być wyjaśniony w ten sposób, że art. 9 statutu Trybunału wymagając, aby w Trybunale „jako całości były reprezentowane główne formy cywilizacji i zasadnicze systemy prawne świata” zapewnia możliwość dokonania porównania głównych systemów prawnych w ramach narad sędziowskich⁸². Pozwala to przyjąć, że ustalenia co do treści obowiązującego prawa dokonane przez sędziów Trybunału uznać można za znajdujące potwierdzenie w reprezentowanych przez nich systemach prawnych.

Metoda komparatystyczna jest szeroko stosowana przez międzynarodowe trybunały karne, choć w niektórych sprawach sposób jej przeprowadzenia może budzić wątpliwości, ze względu na tendencję sędziów do odwoływania się do własnego prawa krajowego, czyli prawa, które jest dla nich najbardziej dostępne. Dla przykładu w decyzji Izby Orzekającej w sprawie *Furundžija*⁸³ analizą komparatystyczną zostały objęte m.in. prawo Zambii, Anglii i Włoch, a więc państw pochodzenia sędziów orzekających w sprawie. Podobnie sędziowie McDonald i Vohrah we wspólnej opinii odrębnej w sprawie *Erdemović* wśród systemów sklasyfikowanych jako należące do *civil-law*⁸⁴, *common-law*⁸⁵ i „systemów prawa karnego innych państw”⁸⁶ oparli się na analizie prawa Stanów Zjednoczonych i Malezji, a więc własnych praw krajowych, uzasadniając to dostępnością materiału porównawczego⁸⁷. Jak wskazuje w swojej analizie F. O. Raimondo, trybunały karne w znakomitej większości spraw odwołują się przede

⁸⁰ Zob. Opinia odrębna sędziego Lachsa do wyroku MTS z 20 lutego 1969 r. w sprawie *North Sea Continental Shelf*, ICJ Report, 1969, s. 229. Jednocześnie sędzia Lachs wskazał, że powyższy test “cannot be, nor is it, one endowed with any absolute character: it is of its very nature relative. Criteria of frequency, continuity and uniformity are involved. However, not all potential rules are susceptible to verification by all these criteria. Frequency may be invoked only in situations where there are many and successive opportunities to apply a rule. This is not the case with delimitation, which is a one-time act. Furthermore, as it produces lasting consequences, it invariably implies an intention to satisfy the criterion of continuity”.

⁸¹ “The way in which international law borrows from this source (general principles) is not by means of importing private law institutions ‘lock, stock and barrel,’ ready-made and fully equipped with a set of rules. ... (T)he true view of the duty of international tribunals in this matter is to regard any features or terminology which are reminiscent of the rules and institutions of private law as an indication of policies and principles rather than as directly importing these rules and institutions”. Opinia odrębna sędziego McNaira do opinii doradczej MTS w sprawie *International Status of South West Africa*, ICJ Reports 1950, s. 148.

⁸² Zob. M. C. Bassiouni (przypis 2), s. 789.

⁸³ Wyrok MTKJ z 10 grudnia 1998 w sprawie nr IT-95-17/1T, *Prosecutor v. Furundžija*.

⁸⁴ Sędziowie zbadali prawo Francji, Belgii, Królestwa Niderlandów, Hiszpanii, Niemiec, Włoch, Norwegii, Szwecji, Finlandii, Wenezueli, Brazylii, Nikaragui, Chile, Panamy, Meksyku, Byłej Jugosławii i Polski.

⁸⁵ Sędziowie zbadali prawo Anglii, Stanów Zjednoczonych, Australii, Kanady, Republiki Południowej Afryki, Indii, Malezji i Nigerii.

⁸⁶ Sędziowie zbadali prawo Japonii, Chin, Maroka, Somalii i Etiopii.

⁸⁷ Wspólna opinia odrębna sędziów McDonalda i Vohra do wyroku MTKJ z 7 października 1997 r. w sprawie nr IT-96-22-A, *Prosecutor v. Dragen Erdemović*, pkt 57.

wszystkim do prawa państw europejskich oraz obu Ameryk, przy czym odwołania do prawa niemieckiego, australijskiego, francuskiego, Anglii i Walii, Stanów Zjednoczonych, Włoch i Kanady stanowią 43% przypadków odniesień do krajowych porządków prawnych⁸⁸.

Warunki, jakie muszą zostać spełnione, aby możliwe było odwołanie do prawa krajowego zostały określone przez MTKJ w sprawie *Furundžija*, w której, za opinią odrębną sędziego Cassese w sprawie *Erdemović*⁸⁹, Trybunał wskazał, że jeśli międzynarodowe normy karne nie definiują znaczenia prawa karnego uzasadnione jest odniesienie do prawa krajowego pod następującymi warunkami: po pierwsze, o ile prawo międzynarodowe nie stanowi inaczej, odniesienie nie powinno być czynione do jedynie jednego systemu krajowego należącego do grupy *common-law* lub *civil-law*. Sąd międzynarodowy musi raczej czerpać z ogólnych koncepcji i instytucji prawnych wspólnych dla wszystkich głównych systemów prawnych świata. Zakłada to proces identyfikacji wspólnego mianownika w tych systemach prawnych jak również określenie z najwyższą starannością podstawowych wspólnych pojęć. Po drugie, ponieważ międzynarodowe postępowania karne wykazują wiele cech, które odróżniają je od krajowych postępowań karnych, konieczne jest należyte uwzględnienie specyfiki międzynarodowego prawa karnego przy stosowaniu pojęć prawa krajowego. W ten sposób możliwe będzie uniknięcie zarówno mechanicznego przeniesienia z prawa krajowego do międzynarodowego postępowania karnego, jak również zniekształcenia specyficznych cech tego postępowania⁹⁰. Na konieczność uwzględnienia szczególnego charakteru międzynarodowego postępowania karnego przy odwoływaniu się do wywodzonych z prawa krajowego ogólnych zasad prawa, wskazał również sędzia Fulford w opinii odrębnej do wyroku MTK w sprawie *Dyilo*⁹¹. W wyroku w sprawie *Kunarac* izba orzekająca podkreśliła, że identyfikacja zasad ogólnych nie ma na celu stwierdzenia identyczności występujących w systemach krajowych instytucji prawnych. Jej celem jest raczej odnalezienie wspólnych podstawowych zasad (wspólnego mianownika) stanowiących wyraz zasady ogólnej, która powinna zostać uwzględniona również w kontekście międzynarodowym⁹².

Sformułowane we wspomnianych orzeczeniach warunki wskazują na następujące etapy, które powinny zostać uwzględnione przy stosowaniu zasad prawa wywodzonych z prawa krajowego. Po pierwsze, musi dojść do identyfikacji zasady jako wspólnej dla co najmniej reprezentatywnych systemów prawa karnego. Po drugie, należy ustalić znaczenie zasady przy użyciu wspólnych pojęć. Po trzecie, konieczna jest transpozycja zasady do prawa międzynarodowego, która musi uwzględniać jego specyfikę. W wyroku w sprawie *Kupreškić* MTKJ do-

⁸⁸ O. F. Raimondo (przypis 2), s. 182.

⁸⁹ Odrębna i indywidualna opinia sędziego Cassese do wyroku MTKJ z 7 października 1997 r. w sprawie nr IT-96-22-A, *Prosecutor v. Dragen Erdemović*, pkt. 2-5.

⁹⁰ Wyrok MTKJ z 14 stycznia 2000 w sprawie nr IT-95-16-T, *Prosecutor v. Kupreškić*, pkt 225.

⁹¹ Sędzia podkreślił, że "(w)hile Article 21(1)(c) of the Statute permits the Court to draw upon "general principles of law" derived from national legal systems, in my view before taking this step, a Chamber should undertake a careful assessment as to whether the policy considerations underlying the domestic legal doctrine are applicable at his Court, and it should investigate the doctrine's compatibility with the Rome Statute framework. This applies regardless of whether the domestic and the ICC provisions mirror each other in their formulation. It would be dangerous to apply a national statutory interpretation simply because of similarities of language, given the overall context is likely to be significantly different". Opinia odrębna sędziego Fulforda do wyroku MTK z 14 marca 2012 r. w sprawie nr ICC-01/04-01/06-2842 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, pkt. 10.

⁹² Wyrok MTKJ z 22 lutego 2001 r. sprawach nr IT-96-23-T i IT-96-23/1-T *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*, pkt 439.

konał porównania powstającego wskutek stosowania koncepcji ogólnych zasad prawa do prawa pretorskiego. Wskazał jednak na swoje ograniczenia w tym zakresie, w szczególności brak kompetencji prawotwórczych i konieczność stosowania prawa obowiązującego, podkreślając jednocześnie szeroki zakres kompetencji w określaniu tego prawa⁹³.

4.2. Zasady ogólne prawa międzynarodowego

Pojęcie ogólnych zasad prawa może też odnosić się do zasad mających swe źródło bezpośrednio w międzynarodowych stosunkach prawnych. W tym znaczeniu przymiotnik „ogólne” nie odnosi się do kilku lub wielu porządków prawnych, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do prawa krajowego, ale wskazuje na zasady, które są ogólnie stosowane we wszystkich sprawach tego samego rodzaju pojawiających się w prawie międzynarodowym⁹⁴. Zaliczymy do nich zasady uznane przez wszystkie państwa we wzajemnych relacjach⁹⁵. Wśród nich warto wskazać zasady prawa humanitarnego. W wyroku z 1949 r. w sprawie *Corfu Channel*, MTS rozważając kwestię odpowiedzialności Albanii za szkody wyrządzone przez wybuchy min na jej wodach terytorialnych uznał, że choć Albania nie była stroną VIII Konwencji haskiej z 1907 r., to jednak spoczywał na niej obowiązek poinformowania innych państw o minach znajdujących się na jej terytorium. Obowiązek ten, zdaniem Trybunału, wynikał nie z Konwencji haskiej, która ma zastosowanie w czasie wojny, lecz z „ogólnych i powszechnie uznanych zasad, a mianowicie, elementarnych względów humanizmu (*elementary consideration of humanity*) wręcz bardziej wymagających w czasie pokoju niż wojny, zasady wolności żeglugi i obowiązku każdego państwa do nieudostępniania świadomie swojego terytorium dla dokonywania aktów sprzecznych z prawami innych państw”⁹⁶. Trybunał uznał argumentację Zjednoczonego Królestwa⁹⁷ i orzekł, że VIII Konwencja haska z 1907 r. w istocie stanowi potwierdzenie ogólnych zasad prawa międzynarodowego mających zastosowanie we wzajemnych relacjach między państwami.

⁹³ Trybunał stwierdził: “In delving into this new area of international criminal law, the Trial Chamber will rely on general principles of international criminal law and, if no such principle is found, on the principles common to the various legal systems of the world, in particular those shared by most civil law and common law criminal systems. In this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in finding the law are of course far more limited than those belonging to the Roman praetor: under the International Tribunal’s Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it has broad powers in determining such law. Wyrok MTKJ w sprawie *Kupreškić* (przypis 90), pkt 669.

⁹⁴ H. Mosler (przypis 2), s. 512.

⁹⁵ Zob. H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Alphen, Sijthoff and Noordhoff, 1980, s. 134 i n.; O. Schachter, *International Law in Theory and International Practice*, Dordrecht-Boston-London 1991, s. 51; O. Elias, Ch. Lin (przypis 31), s. 28; W. Czaplinski, A. Wyrozumski (przypis 65), s. 119.

⁹⁶ Wyrok MTS w sprawie ICJ Reports, 1949.

⁹⁷ Wielka Brytania argumentowała, że “since the adoption of the Convention in 1907, States have in their practice treated its provisions as having been received into general international law. Even Germany, who in the wars of 1914-1918 and 1939-1945 was guilty of serious breaches of the Convention, publicly professed to be complying with its provisions. The Allied Powers in both wars held themselves bound by the Convention and throughout observed the provisions relating to notification”, ICJ Pleadings, vol. 1, s. 39.

Charakter zasad prawa humanitarnego jako ogólnych zasad prawa został następnie potwierdzony w wyroku w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁹⁸. Natomiast w opinii doradczej z 1996 r. w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, powołując się na swoje wcześniejsze orzeczenie w sprawie Cieśniny Korfu MTS potwierdził, że większość norm prawa humanitarnego mających zastosowanie w konfliktach zbrojnych ma zasadnicze znaczenie dla poszanowania godności osoby ludzkiej i „elementarnych względów humanizmu” oraz że „podstawowe normy prawa humanitarnego mają być przestrzegane przez wszystkie państwa, niezależnie od tego czy ratyfikowały, czy też nie, konwencje zawierające te normy, ponieważ stanowią one nieprzekraczalne zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego”⁹⁹.

Opinia w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* jest również istotna dla zilustrowania, w jaki sposób Trybunał identyfikuje istnienie i treść ogólnych zasad prawa. Orzeczenie to stanowi potwierdzenie, że podstawą stwierdzenia istnienia ogólnej zasady prawa jest jej uznanie. O ile w sprawie Cieśniny Korfu Trybunał odnalazł je w VIII Konwencji haskiej z 1907 r., w omawianej opinii uznał, że ogólne zasady prawa humanitarnego stanowią prawo zwyczajowe. Pojawiła się bowiem praktyka wskazana przez Trybunał w orzeczeniu, a obejmująca nie tylko wcześniejsze orzecznictwo samego Trybunału, ale także orzecznictwo Norymberskiego Międzynarodowego Trybunału Wojskowego oraz jednogłośnie stwierdzenie przez RB ONZ Raportu Sekretarza Generalnego wprowadzającego statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii¹⁰⁰. Dało to Trybunałowi podstawę do stwierdzenia, że „rozległa kodyfikacja prawa humanitarnego i zakres przystąpień do będących jej rezultatem traktatów, jak również fakt, że obecne w nich klauzule wypowiedzenia nie zostały nigdy użyte, wyposażyły wspólnotę międzynarodową w korpus norm traktatowych, których znaczna większość stała się prawem zwyczajowym, a która odzwierciedla najpowszechniej uznane zasady humanitarne”¹⁰¹. Wynika z tego, że mimo przekształcenia, wskutek praktyki, zasad prawa humanitarnego w normy zwyczajowe, nie tracą one charakteru ogólnych zasad prawa. Podejście to zostało następnie potwierdzone w opinii doradczej w sprawie muru na terytorium Palestyny¹⁰². Podobnie w wyroku w sprawie stosowania Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa¹⁰³ MTS odwołując się do opinii doradczej

⁹⁸ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1984, pkt 79.

⁹⁹ “[I]f a State lays mines in any waters whatever (...) and fails to give any warning or notification whatsoever, in disregard of the security of peaceful shipping, it commits a breach of the principles of humanitarian law underlying the specific provisions of Convention No. VIII of 1907”. Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (przypis 33), pkt 79.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pkt. 80-81.

¹⁰¹ “The extensive codification of humanitarian law and the extent of the accession to the resultant treaties, as well as the fact that the denunciation clauses that existed in the codification instruments have never been used, have provided the international community with a corpus of treaty rules the great majority of which had already become customary and which reflected the most universally recognized humanitarian principles.” *Ibidem*, pkt 84.

¹⁰² Opinia doradcza MTS w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, pkt 55.

¹⁰³ Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Preliminary objections)*, ICJ Reports 1996.

w sprawie zastrzeżeń do Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa¹⁰⁴ stwierdził, że zasady leżące u podstaw przedmiotowej Konwencji są zasadami ogólnymi prawa które, zostały uznane przez narody cywilizowane jako wiążące wobec państw, nawet bez jakiegokolwiek zobowiązania konwencyjnego¹⁰⁵.

Podstawowym dokumentem potwierdzającym katalog ogólnych zasad prawa mających zastosowanie we wzajemnych relacjach między państwami jest Deklaracja zasad prawa międzynarodowego¹⁰⁶, przyjęta w drodze konsensusu rezolucja 2625(XXV) Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Deklaracja wskazuje następujące zasady merytoryczne: zakaz użycia siły i groźby jej użycia (włączając zasadę nienaruszalności granic), zobowiązanie do pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych, zakaz interwencji w wewnętrzne i zewnętrzne sprawy innych państw, obowiązek współpracy państw, zasadę samostanowienia narodów, zasadę suwerennej równości państw oraz obowiązek wypełniania w dobrej wierze zobowiązań międzynarodowych. Warto podkreślić, że przyjęciu deklaracji towarzyszyło przekonanie, że stanowi ona „kamień milowy” w rozwoju prawa międzynarodowego i jego kodyfikacji oraz istotny krok w kierunku nadania wymienionym w niej zasadom większej efektywności¹⁰⁷.

Orzecznictwo MTS dostarcza przykładów identyfikacji ogólnych zasad prawa zarówno w oparciu o Deklarację jak i inne akty międzynarodowe. W ostatniej praktyce wskazać należy w szczególności wyrok MTS w sprawie Timoru Wschodniego¹⁰⁸, z którego wynika, że choć nie ulega wątpliwości, że zasada samostanowienia narodów jest zobowiązaniem *erga omnes* nie może ono stanowić podstawy jurysdykcji Trybunału w sprawach dotyczących naruszenia wynikających z niego praw przez państwo, które nie uznało jurysdykcji Trybunału, w tym przypadku Indonezję. Odmawiając rozpatrzenia sprawy co do meritum Trybunał oparł się na art. 26 statutu odczytując go jako przejaw powszechnie uznanej zasady prawa międzynarodowego, zgodnie z którą jurysdykcja Trybunału obejmuje jedynie te państwa, które się jej wyraźnie poddały. Zasada ta jest nieodłączną częścią międzynarodowego systemu rozstrzygania sporów i wynikają z niej konkretne skutki, których nie może przełamać charakter *erga omnes* zasady będącej przedmiotem postępowania.

Trybunału nie przekonał również argument Portugalii, że nielegalność aneksji Timoru Wschodniego przez Indonezję nie jest kwestią, która wymaga ustalenia przez Trybunał, albowiem została ona już rozstrzygnięta w decyzjach Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpie-

¹⁰⁴ Opinia doradcza MTS w sprawie *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951, pkt 23.

¹⁰⁵ “The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (...). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the cooperation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention)”. Zob. Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (przypis 103), pkt 31.

¹⁰⁶ *Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych 2625(XXV) z 24 października 1970 r.

¹⁰⁷ G. Arangio-Ruiz, *The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn 1979, s. 3.

¹⁰⁸ Wyrok MTS w sprawie *East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, s. 90.

czeństwa ONZ. Zdaniem Trybunału z aktów tych wynika jedynie, że organy ONZ uznały zwierzchnictwo terytorialne Portugalii wobec Timoru Wschodniego, nie wskazują one natomiast, że na wszystkich państwach ciąży obowiązek nieuznania władzy Indonezji nad tym terytorium i że w sprawach tego terytorium właściwa jest Portugalia. Sam Trybunał w braku jurysdykcji nie rozstrzygnął ostatecznie przedmiotowej kwestii uznając, że sedno orzeczenia dotyczyłoby praw i obowiązków Indonezji, choć mógł przyjąć, że dla stwierdzenia naruszenia normy *erga omnes* (ogólnej zasady prawa) przez Australię bez znaczenia było jednocześnie ustalenie naruszenia tej samej normy przez Indonezję. Ostatecznie Trybunał potwierdził jedynie, że terytorium Timoru Wschodniego, zgodnie ze stanowiskami obu stron, stanowi obszar nierządzący się samodzielnie, w rozumieniu Rozdziału XI KNZ, a jego ludność ma prawo do samostanowienia. Tym samym Trybunał pozbawił się możliwości kształtowania treści zasady samostanowienia narodów.

Stanowisko MTS zostało słusznie skrytykowane. Z punktu widzenia naszych rozważań interesująca jest opinia odrębna sędziego Skubiszewskiego, w części odnoszącej się do relacji między prawem międzynarodowym a sprawiedliwością. Zdaniem sędziego Skubiszewskiego, Trybunał powinien był rozstrzygnąć spór między Portugalią a Australią nie tylko na podstawie norm rządzących jurysdykcją i dopuszczalnością skargi (które muszą zostać zastosowane), ale również w zgodzie z wymogami sprawiedliwości. Dychotomia między prawem a sprawiedliwością, która wystąpiła w tej sprawie ze szczególną ostrością, ma charakter permanentny, a Trybunał powinien nieustannie poszukiwać na nią odpowiedzi. Poszukiwania rozwiązania są trudne, a problem nabiera ostrości w sytuacji, gdy Trybunał zbyt zawęży interpretację zasad rządzących jurysdykcją ograniczając sprawiedliwość. Konsekwencją tak wstrzemięźliwego orzeczenia może być odnowienie dawnych obaw dotyczących restrykcyjnej koncepcji funkcji Trybunału. Problem nie może zostać sprowadzony wyłącznie do prawnej poprawności. Tak jest w szczególności ilekroć Trybunał jest konfrontowany z pewnymi podstawowymi elementami konstytucji organizacji i z pewnymi fundamentalnymi zasadami prawa międzynarodowego¹⁰⁹. Dla poparcia swoich argumentów sędzia Skubiszewski przywołał także wypowiedź sędziego Lauterpachta w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Lauterpacht podkreślił tam znaczenie właściwego podejścia do zasad prawa oraz konieczność uwzględnienia w procesie stosowania prawa potrzeb beneficjentów systemu prawnego, zarówno jednostek jak i struktur politycznych, w których są one zorganizowane¹¹⁰.

¹⁰⁹ „The Court should have resolved the dispute between Portugal and Australia not only on the basis of the rules governing jurisdiction and/or admissibility (these rules have to be applied), but also in accordance with the demands of justice. The dichotomy between law and justice is perennial. The Court has constantly been looking for an answer to it. The search for a solution becomes difficult, and the contours of the dichotomy gain in sharpness, when too narrow an interpretation of the principles governing competence restrains justice. I am, therefore, also concerned with the possibility that the Judgment might revive past fears regarding a restrictive concept of the Court's function. The problem cannot be reduced to legal correctness alone. This is especially so whenever the Court is confronted with certain basic elements of the constitution of the organization and with certain fundamental principles of international law”, Opinia odrębna sędziego Skubiszewskiego do wyroku MTS w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995, pkt 43.

¹¹⁰ “[T]he Court should (not) approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards. At the same time, the circumstances call for a high degree of understanding of, and sensitivity to, the situation and must exclude any narrow or overly technical approach to the problems involved. While the demands of legal principle cannot be ignored, it has to be

Pogląd sędziego Skubiszewskiego wydaje się być oparty na założeniu, że zasady ogólne prawa, podobnie jak inne normy prawa międzynarodowego, nie powinny być traktowane jako dobro samo w sobie, ale jako narzędzie służące pełnieniu podstawowej funkcji sądownictwa, jaką jest czynienie sprawiedliwości. Nie chodzi przy tym o ignorowanie obowiązującego prawa w imię sprawiedliwości, ale o taką jego interpretację w ramach „konstruktywnego stosowania prawa”, która zapewni, że prawo będzie stanowiło odpowiedź na bieżące wyzwania rzeczywistości międzynarodowej.

Podobną jak w wyroku w sprawie Timoru Wschodniego wstrzeźliwość i formalistyczne podejście do prawa międzynarodowego wykazał MTS w opinii doradczej w sprawie Kosowa¹¹¹. Przez restrykcyjną interpretację pytania przedstawionego przez Zgromadzenie Ogólne, Trybunał wyłączył szereg fundamentalnych kwestii prawa międzynarodowego ze swoich rozważań. Opinia ta opiera się w istocie na formalnym podejściu do kompletności systemu prawa międzynarodowego, wynikającym z założenia, że brak zakazu w prawie międzynarodowym oznacza w istocie legalność podjętych przez jego podmioty działań. Jak słusznie zauważył sędzia Simma, Trybunał utrzymał w mocy doktrynę *Lotus*¹¹² i przez to nie wykorzystał szansy wyjścia poza anachroniczną, skrajnie konsensualną wizję prawa międzynarodowego¹¹³. Trybunał nie stwierdził, że deklaracja niepodległości Kosowa jest zgodna z prawem międzynarodowym (gdyż stanowiła realizację prawa do samostanowienia, która przeważała w konkretnych okolicznościach sprawy nad zasadą terytorialnej integralności państwa), ale że nie jest z nim niezgodna (ponieważ w prawie międzynarodowym brak jest normy zakazującej deklaracji niepodległości). Wydaje się, że podejście to należy ocenić jako daleko idący wyraz wstrzeźliwości Trybunału wobec stosowania ogólnych zasad prawa dla oceny legalności, przez przyjęcie wąskiej perspektywy określonej w opinii odrębnej sędziego Simmy jako *mechanical jurisprudence*.

5. Ogólne zasady prawa a normy traktatowe i zwyczajowe

5.1. Uwagi ogólne

Ogólne zasady prawa stanowią obok prawa traktatowego i zwyczajowego część systemu prawa międzynarodowego i jak wskazano wyżej, wchodzą w różne relacje z innymi normami systemu. Należy zauważyć, że chociaż na obecnym etapie rozwoju prawa międzynarodowego wiele zasad ogólnych zostało skodyfikowanych w umowach wielostronnych lub doszło do wykształcenia się realizujących je norm zwyczajowych, to jednak nie tracą one swojego charakteru jako zasady ogólne i nadal są powoływane przez sądy międzynarodowe w celu interpretacji norm konwencyjnych lub zwyczajowych albo też niezależnie od nich. Ma to istotne

recalled that the rigid maintenance of principle is not an end in itself but only an element - albeit one of the greatest importance - in the constructive application of law to the needs of the ultimate beneficiaries of the legal system, individuals no less than the political structures in which they are organized”, Postanowienie MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Provisional Measures)*, ICJ Reports 1993, pkt 3.

¹¹¹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010.

¹¹² Wyrok STSM w sprawie *The S.S. „Lotus”* (France v. Turkey), PCIJ 1927, Ser. A, nr 10.

¹¹³ Zob. Deklaracja sędziego Simmy do opinii doradczej w sprawie *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010.

znaczenie w szczególności w kontekście ich skutku *erga omnes*, którego na ogół są pozbawione normy traktatowe i który nie jest cechą wszystkich norm zwyczajowych. Należy również zauważyć, że istnieje tendencja do przekształcania się ogólnych zasad prawa w normy (zespoły norm) zwyczajowych¹¹⁴. W procesie stosowania prawa są one uszczegóławiane, wskutek czego powstaje rozwinięta instytucja prawna. Przykład tego rodzaju ewolucji ogólnej zasady prawa stanowić może odpowiedzialność międzynarodowoprawna państwa, która początkowo stosowana była jako ogólna zasada prawa¹¹⁵, a obecnie stanowi rozwinięty zespół norm zwyczajowych, które znalazły odzwierciedlenie w Raporcie KPM¹¹⁶. W orzeczeniu w sprawie *Ilaşcu and others v. Russia and Moldova* ETPC potwierdził, że ujęte w Raporcie prawo zwyczajowe stanowi odzwierciedlenie ogólnej zasady prawa¹¹⁷.

Oczywiste jest, że w przypadku, gdy między stronami będą miały zastosowanie w tym samym obszarze normy prawa traktatowego lub zwyczajowego i tożsama ogólna zasada prawa, sędzia sięgnie do normy szczegółowej, a więc umowy międzynarodowej lub zwyczaju jako podstawy rozstrzygnięcia. Nie musi to jednak oznaczać, że ogólna zasada pozostaje bez wpływu na treść zarówno normy traktatowej lub zwyczajowej, jak i zapadłego w danej sprawie rozstrzygnięcia.

Ogólne zasady prawa pełnią często rolę porządkującą w ten sposób, że nadają zbiorowi norm je odzwierciedlającemu określoną logikę i funkcję w systemie prawa, czego przykład stanowić będzie omówiona w dalszej części interpretacja prawa zwyczajowego dotyczącego immunitetu państwa w świetle podstawowych zasad międzynarodowego porządku prawnego, czy orzecznictwo dotyczące zasady odpowiedzialności państwa. Nawet zatem w przypadku, gdy zasada ogólna jest odzwierciedlona w normach zwyczajowych lub konwencyjnych, nie przestaje być ogólną zasadą prawa wiążącą wszystkie podmioty prawa międzynarodowego. Najbardziej oczywisty przykład stanowi tu zasada *pacta sunt servanda*, leżąca u podstaw prawa traktatów skodyfikowanego w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., która jest powoływana w zasadzie przez wszystkie sądy międzynarodowe jako wyraz zwyczajowego prawa międzynarodowego. Charakterystyczne jest w tym zakresie podejście TSUE, który uznał, że choć Konwencja wiedeńska nie wiąże ani Unii, ani wszystkich państw członkowskich, to szereg jej postanowień odzwierciedla zasady zwyczajowego prawa międzynarodowego¹¹⁸ i jako takie wiążą one Trybunał.

¹¹⁴ Zob. H. Waldock (przypis 40), s. 62, A. Pellet, (przypis 10), s. 782.

¹¹⁵ Wyrok STSM w sprawie *the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland)*, PCIJ Series A (1928) No 17.

¹¹⁶ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two) 2001

¹¹⁷ Trybunał stwierdził, że (a)nother recognised principle of international law is that of State responsibility for the breach of an international obligation, as evidenced by the work of the ILC. Wyrok EPTC z 8 lipca 2004 r. w sprawie nr 48787/99 *Ilaşcu and others v. Russia and Moldova*, pkt 320.

¹¹⁸ Wyrok TSUE w sprawie C-386/08 *Firma Brita GmbH* (przypis 56) pkt 42. Podobnie wyrok w sprawie *Racke* (przypis 55), pkt 24, 45, 46. Co charakterystyczne, Trybunał za odzwierciedlenie norm prawa zwyczajowego przyjmuje nie Konwencję wiedeńską z 1986 r. o prawie traktatów między państwami a organizacjami międzynarodowymi lub między organizacjami międzynarodowymi z 1986 r. ale Konwencję wiedeńską o prawie traktatów z 1969 r. wyjaśniając: „[m]iędzynarodowe prawo traktatów zostało zasadniczo skodyfikowane w konwencji wiedeńskiej. Zgodnie z art. 1 tej konwencji ma ona zastosowanie do traktatów między państwami. Jednakże zgodnie z art. 3 lit. b) wskazanej konwencji fakt, że nie stosuje się jej do porozumień międzynarodowych zawartych między państwami a innymi podmiotami prawa międzynarodowego, nie wpływa na zastosowanie do nich wszelkich norm

W kontekście relacji między zasadami ogólnymi a innymi źródłami prawa międzynarodowego na szczególną uwagę zasługuje zasada dobrej wiary, która stanowi meta-normę systemu prawa międzynarodowego. Jak wskazał MTS w sprawie *Nuclear Tests* dobra wiara jest zasadą "rządzącą tworzeniem i wykonywaniem zobowiązań międzynarodowych, niezależnie od ich źródła"¹¹⁹. Również Stały Trybunał Arbitrażowy potwierdził rolę, jaką zasada dobrej wiary odgrywa w systemie prawa międzynarodowego. W rozstrzygnięciu w sprawie *Holandia v. Francja* Trybunał podkreślił, że w pełni uznaje podstawową rolę dobrej wiary i to w jaki sposób dominuje interpretację i stosowanie całego prawa międzynarodowego, a nie tylko interpretację traktatów. Opiera się na niej fundamentalna zasada *pacta sunt servanda*¹²⁰.

Zasada dobrej wiary jest powoływana w najnowszej praktyce MTS w kontekście obowiązku interpretacji traktatów w dobrej wierze (art. 31 (1) KWPT)¹²¹, obowiązku prowadzenia przez państwa negocjacji w przypadku sporu¹²² czy obowiązku wykonywania traktatów w dobrej wierze (*pacta sunt servanda*)¹²³. Zajmuje ona istotne miejsce także w praktyce organów rozstrzygania sporów WTO, zarówno w kontekście interpretacji umów WTO¹²⁴, jak również w jej szczegółowych aspektach takich jak zakaz nadużycia praw (*abuse of rights*) czy ochrona uprawnionego oczekiwania¹²⁵. Organy WTO interpretują przy tym zasadę dobrej wiary niezwykle szeroko (twórczo), czego przykładem mogą być raporty organu odwoławczego, w których wywiódł on z zasady dobrej wiary prawo do rzetelnego procesu przysługującego

sformułowanych w tej konwencji, którym podlegałyby one na podstawie prawa międzynarodowego, niezależnie od tej konwencji. W związku z tym postanowienia zawarte w konwencji wiedeńskiej mają zastosowanie do umowy zawartej pomiędzy państwem a organizacją międzynarodową, takiej jak układ stowarzyszeniowy WE–Izrael, albowiem postanowienia te stanowią wyraz ogólnego, zwyczajowego prawa międzynarodowego. A zatem układ stowarzyszeniowy WE–Izrael należy interpretować zgodnie z tymi postanowieniami" (*Fima Brita GmbH* (przypis 56), pkt. 40-41).

¹¹⁹ Wyrok MTS w sprawie *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), ICJ Reports 1974, pkt 46.

¹²⁰ Rozstrzygnięcie Stałego Trybunału Arbitrażowego z 12 marca 2014 r. w sprawie *the Auditing of Accounts between the Kingdom of the Netherlands and the French Republic Pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976*, (The Netherlands v. France) pkt 65.

¹²¹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (przypis 102), pkt 94, wyrok MTS w sprawie *Pulp Mills on the River Uruguay* (przypis 75), pkt 146.

¹²² Wyrok MTS w sprawie *Aerial Incident of 10 August 1999* (Pakistan v. India) (Jurisdiction of the Court), ICJ Reports 2000, pkt 53.

¹²³ Wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997, pkt 140.

¹²⁴ Raport organu odwoławczego z 8 października 2001 r. w sprawie nr WT/DS192/AB/R, AB-2001-3, *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan*, pkt 81.

¹²⁵ W sprawie *US – Shrimp*, Organ odwoławczy stwierdził, że "[t]he chapeau of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith", dodając przy tym, że "[o]ne application of this general principle, the application widely known as the doctrine of *abus de droit*, prohibits the abusive exercise of a state's rights and enjoins that whenever the assertion of a right 'impinges on the field covered by [a] treaty obligation, it must be exercised bona fide, that is to say, reasonably.'" Raport Organu Odwoławczego z 12 października 1998 r. w sprawie WT/DS58/AB/R 12 *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, pkt 158. Zob. też Raport organu odwoławczego z 3 grudnia 2007 r. w sprawie nr WT/DS332/AB/R *Brazil – Measures Affecting Imports Of Retreaded Tyres*, pkt 224.

jące stronom porozumień WTO¹²⁶. Takie aktywistyczne podejście jest krytykowane w doktrynie¹²⁷.

5.2. Zasady ogólne jako normy wypełniające luki w prawie międzynarodowym

Ogólne zasady prawa mimo swojej „płynności” mogą uzupełniać normy traktatowe i zwyczajowe i w ten sposób wypełniać luki w prawie międzynarodowym. Zasady ogólne prawa stanowią narzędzie umożliwiające sądom międzynarodowym rozstrzygnięcie przedstawionych im sporów w sytuacji, gdy normy traktatowe i zwyczajowe nie dostarczają reguł prawnych mających zastosowanie. W tym kontekście ogólne zasady prawa określane są jako uzupełniające źródło prawa międzynarodowego¹²⁸. Jak wskazywaliśmy wyżej włączenie ogólnych zasad prawa do podstaw prawnych orzekania MTS miało zapewnić uniknięcie uznawania przez sądy międzynarodowe sytuacji *non-liquet*. Choć zakaz *non-liquet* jest czasem kwestionowany¹²⁹, to jednak należy zgodzić się z R. Higgins, że taka sytuacja jest możliwa jedynie wówczas, gdy sędzia nie tylko uzna możliwość istnienia luk w prawie międzynarodowym, ale również stwierdzi, że luk tych nie da się wypełnić za pomocą źródeł wymienionych w art. 38 statutu MTS, w tym ogólnych zasad prawa¹³⁰.

Luki w prawie mogą być wypełniane w drodze rozszerzania zakresu stosowania istniejących norm przez ich uznanie za zasady ogólne, tak jak to miało miejsce w przypadku zasady *uti possidentis iuris*. Zasada ta wywodząca się z prawa rzymskiego, została przejęta przez prawo międzynarodowe w czasie dekolonizacji jako regionalna norma zwyczajowa mająca zastosowanie do Ameryki Hiszpańskiej. Jednak w orzeczeniu z 1986 r. w sprawie *Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali)¹³¹ Trybunał uznał, że stanowi ona ogólną zasadę prawa mającą zastosowanie we wszystkich przypadkach uzyskiwania niepodległości, niezależnie od okoliczności¹³². Jej charakter jako ogólnej zasady został następnie potwierdzony w kolejnych orzeczeniach¹³³.

¹²⁶ Zob. Raport organu odwoławczego WTO z 11 czerwca 2003 r. w sprawie nr WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R, WT/DS259/R *United States -Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*; Raport organu odwoławczego z 28 lutego 2001 r. w sprawie nr WT/DS184/R *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*.

¹²⁷ A. D. Mitchell, *Good Faith in WTO Dispute Settlement*, Melbourne Journal of International Law 2006, vol. 7., J.Cameron, D. Gray, *Principles of International Law in The WTO Dispute Settlement System*, International and Comparative Law Review 2001, vol. 50.

¹²⁸ Zob. A. Pellet, (przypis 10), s. 780.

¹²⁹ Zob. szerzej M. Swart, *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena printers 2006, s. 64-70.

¹³⁰ R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, International and Comparative Law Quarterly 1968, vol. 17, s. 67.

¹³¹ Wyrok MTS w sprawie *Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali), ICJ Reports 1986.

¹³² “The principle (*uti possidetis juris*) is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs”, *ibidem*, pkt 20.

¹³³ Wyrok MTS w sprawie *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening), ICJ Reports 1992; wyrok MTS w sprawie *Territorial Dispute* (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Reports 1994, wyrok MTS *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), ICJ Reports 2007, pkt. 38 i n.

Przykład pozornej wstrzemięźliwości w zastosowaniu zasady ogólnej, wywiedzionej z prawa krajowego i potwierdzonej w prawie międzynarodowym, jako uzupełniającego źródła prawa stanowi decyzja jurysdykcyjna MTKJ w sprawie *Tadić*¹³⁴. Zgodnie ze stanowiskiem obrony, ustanowienie MTKJ było nielegalne, ponieważ nie został on ustanowiony na podstawie prawa we właściwy sposób. Legalne powołanie Trybunału mogło nastąpić jedynie na podstawie nowej umowy międzynarodowej lub przez zmianę Karty Narodów Zjednoczonych¹³⁵, a nie na podstawie rezolucji RB ONZ, do której uchwalenia RB nie miała kompetencji. obrońca podnosił przy tym, że ta sytuacja skutkowałą naruszeniem prawa do rzetelnego procesu obejmującego rozpatrzenie sprawy przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd ustanowiony na podstawie prawa. Zdaniem obrony, prawo do sądu we wskazanym wyżej zakresie stanowi ogólną zasadę prawa ze względu na swój fundamentalny charakter, a także dlatego, że stanowi warunek minimum dla wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Zasada ta została potwierdzona w Międzynarodowym Pakcie Praw Politycznych i Obywatelskich, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka.

MTKJ odnosząc się do tych argumentów stwierdził, że co prawda zasada wymagająca, aby sąd karny był ustanowiony przez prawo (*established by law*), jest ogólną zasadą prawa, to ma ona zastosowanie jedynie w odniesieniu do krajowego procesu karnego. Nie oznacza to jednak, że międzynarodowy sąd karny może być powoływany przez rządy w sposób dowolny. Taki sąd musi być zakorzeniony (*rooted*) w zasadzie rządów prawa i zapewniać wszystkie gwarancje objęte instrumentami prawa międzynarodowego. Wówczas to międzynarodowy sąd karny może zostać uznany za ustanowiony w oparciu o prawo¹³⁶. Trybunał wyjaśnił przy tym, że musi on zostać powołany przez kompetentny organ w odpowiedniej procedurze i dawać gwarancje rzetelnego procesu. Te warunki zostały w ocenie MTKJ spełnione przez powołującą go rezolucję RB ONZ¹³⁷.

¹³⁴ Decyzja MTKJ z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić*, (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction).

¹³⁵ Podobne zastrzeżenia co do legalności Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Rwandy zostały podniesione przez obronę w sprawie *Kanyabashi*, zob. decyzja MTKR z 18 czerwca 1997 r. w sprawie nr ICTR-96-15-T, *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*.

¹³⁶ "[T]he principle that a tribunal must be established by law, as explained below, is a general principle of law imposing an international obligation which only applies to the administration of criminal justice in a municipal setting. It follows from this principle that it is incumbent on all States to organize their system of criminal justice in such a way as to ensure that all individuals are guaranteed the right to have a criminal charge determined by a tribunal established by law. This does not mean, however, that, by contrast, an international criminal court could be set up at the mere whim of a group of governments. Such a court ought to be rooted in the rule of law and offer all guarantees embodied in the relevant international instruments. Then the court may be said to be "established by law". Decyzja MTKJ w sprawie *Prosecutor v. Tadić* (przypis 134), pkt 42.

¹³⁷ "For a tribunal such as this one to be established according to the rule of law, it must be established in accordance with the proper international standards; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments. This interpretation of the guarantee that a tribunal be "established by law" is borne out by an analysis of the International Covenant on Civil and Political Rights. (...) The important consideration in determining whether a tribunal has been "established by law" is not whether it was pre-established or established for a specific purpose or situation; what is important is that it be set up by a competent organ in keeping with the relevant legal procedures, and should that it observes the requirements of procedural fairness. This concern about ad hoc tribunals that function in such a way as not to afford the individual before them basic fair trial guarantees also underlies United Nations Human Rights Committee's interpretation of the phrase "established by law" contained in Article 14, par-

W istocie Trybunał nie odmówił zastosowania powołanej zasady, ale zinterpretował ją jako swoistą zasadę prawa międzynarodowego. Podejście Trybunału było krytykowane przez doktrynę. Przekształcając bowiem zasadę legalności w ogólną zasadę prawa międzynarodowego, MTKJ nadał jej nowe, dość niejasne znaczenie, które może sugerować, że standardy poszanowania praw podstawowych w międzynarodowym procesie karnym mogą być niższe niż w przypadku prawa krajowego¹³⁸.

Proces kształtowania się ogólnej zasady prawa międzynarodowego jako normy wypełniającej lukę w prawie międzynarodowym znakomicie ilustruje zasada zrównoważonego rozwoju. Stanowi ona jedną z bardziej problematycznych konstrukcji prawnych z punktu widzenia jej statusu prawnego oraz treści. W doktrynie jest ona uznawana za ogólną zasadę prawa lub zasadę prawa zwyczajowego, a także za koncepcję polityczną pozbawioną walorów prawnych¹³⁹.

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* powołał się na „koncepcję zrównoważonego rozwoju” jako wyraz „potrzeby pogodzenia rozwoju gospodarczego z ochroną środowiska”¹⁴⁰. Jednocześnie MTS wskazał, że w konsekwencji tej koncepcji strony „powinny wspólnie spojrzeć na nowo na skutki dla środowiska funkcjonowania elektrowni”¹⁴¹ której budowę przewidywała umowa z 1977 r. Trybunał „umieścił” zrównoważony rozwój wśród „nowych norm i standardów prawa ochrony środowiska”, które pojawiły się w ciągu dwudziestu lat od zawarcia między stronami umowy i znajdują odzwierciedlenie w dużej liczbie przyjętych przez państwa instrumentów. Te nowe normy powinny zostać uwzględnione, a takim nowym standardom powinna zostać nadana odpowiednia waga nie tylko, gdy państwa rozważają nowe działania, ale również wówczas, gdy kontynuują aktywność rozpoczętą w przeszłości. Trybunał nie wypowiedział się przy tym wprost odnośnie prawnie wiążącego charakteru koncepcji zrównoważonego rozwoju, co nie oznacza, że odmówił jej jakiegokolwiek waloru prawnego. Wręcz przeciwnie, wskazał na obowiązek uwzględnienia zasady zrównoważonego rozwoju przy wykonywaniu umowy. W istocie zatem

agraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. While the Human Rights Committee has not determined that "extraordinary" tribunals or "special" courts are incompatible with the requirement that tribunals be established by law, it has taken the position that the provision is intended to ensure that any court, be it "extraordinary" or not, should genuinely afford the accused the full guarantees of fair trial set out in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights. (...) An examination of the Statute of the International Tribunal, and of the Rules of Procedure and Evidence adopted pursuant to that Statute leads to the conclusion that it has been established in accordance with the rule of law. The fair trial guarantees in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights have been adopted almost verbatim in Article 21 of the Statute. Other fair trial guarantees appear in the Statute and the Rules of Procedure and Evidence. For example, Article 13, paragraph 1, of the Statute ensures the high moral character, impartiality, integrity and competence of the Judges of the International Tribunal, while various other provisions in the Rules ensure equality of arms and fair trial. In conclusion, the Appeals Chamber finds that the International Tribunal has been established in accordance with the appropriate procedures under the United Nations Charter and provides all the necessary safeguards of a fair trial. It is thus "established by law", *ibidem*, pkt 45-47. Por. F. D. Raimondo (przypis 2), s. 88.

¹³⁸ Zob. J. Crawford, *The Drafting of the Rome Statute*, (w:) P. Sands, *From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Law*, Cambridge 2003, s. 129-133.

¹³⁹ U. Beyerlin, *Sustainable Development*, (w:) R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL), Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com, pkt 15.

¹⁴⁰ Wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* (przypis 123), pkt 140.

¹⁴¹ *Ibidem*.

nadał omawianej koncepcji walor normatywny, który trudno wyjaśnić inaczej niż przez odniesienie do konstrukcji zasady ogólnej prawa. Nie zmienia tej oceny fakt, że zobowiązanie państw, jak zauważył Trybunał¹⁴², nie zakłada osiągnięcia konkretnego rezultatu. W przypadku bowiem zasad charakterystyczne jest właśnie to, że są one normami określającymi kierunek, a nie rezultat, jaki ma zostać osiągnięty przez związane nimi podmioty.

Podobną wstrzeźliwość w ocenie charakteru prawnego zrównoważonego rozwoju wykazał organ odwoławczy WTO w sprawie *US-Shrimp*¹⁴³. Zauważył on mianowicie, że cel, jakim jest zrównoważony rozwój został wprost wskazany w preambule do Porozumienia ustanawiającego WTO, co powoduje, że klauzula z art. XX(g) GATT 1994 musi być interpretowana w ten sposób, że odnosi się do zachowania nie tylko ograniczonych zasobów mineralnych i innych nieożywionych zasobów naturalnych, ale również do żywych zasobów morskich¹⁴⁴. Warto zwrócić uwagę, że, inaczej niż MTS, organ ten powołał zrównoważony rozwój nie jako "inną normę prawa międzynarodowego" w rozumieniu art. 31 ust. 3 pkt c KWPT, ale jako element intencji stron Porozumienia nadania jego postanowieniom treści odpowiadającej zmianie faktycznych warunków jego wykonywania w ten sposób, aby osiągnąć zrównoważony rozwój¹⁴⁵. Skoro jest on jednym z celów założonych przez strony Porozumienia zasada efektywności w interpretacji traktatu wymaga, aby klauzulę z art. XX(g) zinterpretować jako obejmującą również wymóg zachowania żywych zasobów¹⁴⁶. Ostatecznie organ dokonał rozszerzającej wykładni teleologicznej w oparciu o intencję stron co do zamierzonego celu wyrażoną w Preambule do Porozumienia, a nie w oparciu o zrównoważony rozwój jako ogólną zasadę prawa.

Zrównoważony rozwój został natomiast uznany za ogólną zasadę prawa przez Stały Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Iron Rhine*¹⁴⁷. Trybunał zauważył, że od konferencji sztokholmskiej w sprawie ochrony środowiska w 1972 r. nastąpił istotny rozwój międzynarodowego prawa ochrony środowiska. Na obecnym etapie zarówno prawo międzynarodowe jak i prawo Unii Europejskiej wymagają włączenia odpowiednich środków ochrony środowiska do projektowania i wykonywania działań w zakresie rozwoju gospodarczego. Dalej Trybunał powołał

¹⁴² "It is not for the Court to determine what shall be the final result of these negotiations to be conducted by the Parties. It is for the Parties themselves to find an agreed solution that takes account of the objectives of the Treaty, which must be pursued in a joint and integrated way, as well as the norms of international environmental law and the principles of the law of international watercourses", *ibidem*, pkt 141.

¹⁴³ Raport Organu Odwoławczego z 12 października 1998 r. (przypis 125).

¹⁴⁴ *Ibidem*. Warto zauważyć, że już wcześniej, bez odwoływania się do koncepcji zrównoważonego rozwoju, Organ Odwoławczy wskazywał, w oparciu o Preambułę, na konieczność koordynacji handlu z wymogami ochrony środowiska. Zob. Raport Organu Odwoławczego WTO z 29 kwietnia 1996 r. (przypis 52), s. 30-31.

¹⁴⁵ "Given the recent acknowledgement by the international community of the importance of concerted bilateral or multilateral action to protect living natural resources, and recalling the explicit recognition by WTO Members of the objective of sustainable development in the preamble of the WTO Agreement, we believe it is too late in the day to suppose that Article XX(g) of the GATT 1994 may be read as referring only to the conservation of exhaustible mineral or other non-living natural resources", Raport Organu Odwoławczego z 12 października 1998 r. (przypis 125).

¹⁴⁶ "We hold that, in line with the principle of effectiveness in treaty interpretation, measures to conserve exhaustible natural resources, whether living or non-living, may fall within Article XX(g)". *Ibidem*, pkt 85.

¹⁴⁷ Rozstrzygnięcie Stałego Trybunału Arbitrażowego z 24 maja 2005 w sprawie *Iron Rhine* (Belgium v. The Netherlands).

się na czwartą zasadę zawartą w Deklaracji w sprawie ochrony środowiska i rozwoju¹⁴⁸, która odzwierciedla tę tendencję i przewiduje, że „ochrona środowiska stanowi integralną część procesu rozwoju i nie może być rozważana w izolacji od niego”. Co istotne, pojawiające się obecnie zasady włączają ochronę środowiska w proces rozwoju. Prawo ochrony środowiska i prawo dotyczące rozwoju nie są sobie przeciwstawiane jako alternatywy, ale są uznawane za wzajemnie się umacniające, zintegrowane koncepcje, które wymagają, aby w sytuacji, gdy rozwój może spowodować istotne szkody dla środowiska istniał obowiązek zapobiegania lub co najmniej zminimalizowania takich szkód. W opinii Trybunału obowiązek ten, stanowiący istotę zrównoważonego rozwoju, stał się ogólną zasadą prawa międzynarodowego. Zasada ta ma zastosowanie nie tylko do działań autonomicznych państw, ale także do działań podejmowanych w wykonaniu umów międzynarodowych między stronami. Dla potwierdzenia tej tezy Trybunał powołał omówiony wyżej wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros*¹⁴⁹.

Mimo zatem powściągliwości MTS w uznaniu zrównoważonego rozwoju za ogólną zasadę prawa międzynarodowego (czy międzynarodowego prawa ochrony środowiska), nadanie elementom tej koncepcji waloru prawnego w postaci skutków prawnych w konkretnej sprawie dostarczyło argumentów przemawiających za tezą, że mamy co czynienia co najmniej z kształtowaniem się nowej zasady ogólnej¹⁵⁰. Warto zauważyć, że już w opinii odrębnej do wyroku w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* sędzia Weeramantry wyraźnie uznał zrównoważony rozwój za „zasadę o wartości normatywnej” (*a principle with normative value*) a nie jedynie koncepcję¹⁵¹. Jego zdaniem zasada ta stanowi „część współczesnego prawa międzynarodowego nie tylko z powodu logicznej konieczności, ale również z powodu jej szerokiej i ogólnej akceptacji przez globalną wspólnotę międzynarodową”¹⁵².

Doktryna nie jest zgodna co do oceny statusu prawnego zasady zrównoważonego w świetle orzecznictwa MTS. Orzecznictwo MTS dało podstawę niektórym przedstawicielom doktryny do twierdzenia, że zrównoważony rozwój „pełni funkcję prawną, co najmniej jako meta-zasada wskazująca sposób interpretacji i stosowania norm prawa międzynarodowego w sytuacji, gdy nakładają się one na siebie albo pozostają w konflikcie”¹⁵³. W tym znaczeniu zasada zrównoważonego rozwoju może mieć charakter prawotwórczy modyfikując obowiązujące normy prawa międzynarodowego i nadając im nową treść. Jako taka jest określana przez doktrynę mianem normy modyfikującej¹⁵⁴.

¹⁴⁸ The Rio Declaration on Environment and Development, przyjęta w 1992 r., International Legal Materials, vol. 31 s. 874 i n.

¹⁴⁹ Zob. *Iron Rhine* (przypis 149), pkt 59.

¹⁵⁰ Ch. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden 2009, s. 87.

¹⁵¹ Opinia odrębna sędziego Weeramantry do wyroku MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997, pkt 88.

¹⁵² *Ibidem*, pkt 95.

¹⁵³ V. Lowe, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, (w:) A. E. Boyle, D. Freestone, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford 1999, s. 34.

¹⁵⁴ U. Beyerlin (przypis 139), pkt. 16-18.

5.3. Zasady ogólne jako środki interpretacji i stosowania norm traktatowych i zwyczajowych

Każde stosowanie prawa wymaga aktu interpretacji, rozumianego jako oczywista konieczność pewnej formy zrozumienia¹⁵⁵. Podstawowym zadaniem sędziego jest zatem identyfikacja prawnego znaczenia stosowanych norm. Nie ulega także wątpliwości, że prawo międzynarodowe powinno być interpretowane i stosowane w świetle podstawowych zasad tego systemu¹⁵⁶.

Kluczowe znaczenie dla procesu wykładni prawa ma określenie dyrektyw interpretacyjnych, którymi ma się kierować organ stosujący prawo. W teoretycznym modelu wykładni operatywnej J. Wróblewskiego¹⁵⁷ dyrektywy interpretacyjne podzielone zostały na dyrektywy pierwszego i drugiego stopnia. Do pierwszej grupy należą reguły, które wskazują jak interpretator powinien ustalać znaczenie przepisu ze względu na podstawowe konteksty, w jakich on występuje (kontekst językowy, systemowy i funkcjonalny). Drugą grupę tworzą dyrektywy wyznaczające sposób posługiwania się dyrektywami interpretacyjnymi pierwszego stopnia. Należą do nich dyrektywy procedury, regulujące kolejność posługiwania się dyrektywami stopnia pierwszego oraz dyrektywy preferencji, które ustalają wybór między znaczeniami przypisywanymi interpretowanemu przepisowi na podstawie dyrektyw pierwszego stopnia, wówczas gdy znaczenia te są odmienne¹⁵⁸. W przypadku prawa międzynarodowego ogólne zasady prawa często stanowią regułę preferencji.

Wybór dyrektyw interpretacyjnych może być częściowo wyznaczony przez system prawa, do którego interpretowany przepis należy. To samo odnosi się również do ocen wpływających na sposób posługiwania się tymi dyrektywami. W konsekwencji zawsze pozostaje większy lub szerszy zakres swobody interpretacyjnej ze względu na właściwości ocen występujących w wykładni i możliwości ich wyważania. Element oceniający, tkwiący w wyborze dyrektyw interpretacyjnych, może być ograniczony przez istnienie dyrektyw interpretacyjnych sformułowanych w postaci przepisów, wytycznych czy też decyzji wiążącej w określonej sprawie¹⁵⁹. W prawie międzynarodowym, jak to już wskazano wyżej, ogólna reguła interpretacyjna określona w art. 31 KWPT nakazuje uwzględnienie przy interpretacji traktatów „wszelkich innych norm prawa międzynarodowego, mających zastosowanie między stronami”¹⁶⁰. W pojęciu tym mieszczą się również ogólne zasady prawa.

W najnowszym orzeczeniu dotyczącym zadośćuczynienia z 12 maja 2014 r. w sprawie zaginięć (*Cypr v. Turcja*)¹⁶¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonał interpretacji art. 41 EKPC w świetle zasady odpowiedzialności państwa, jako ogólnej zasady prawa. Sprawa dotyczyła naruszeń praw Greków cypryjskich gwarantowanych EKPC, w północnej części Cypru, po tureckiej inwazji wojskowej w 1974 r. Wielka Izba ETPC rozstrzygnęła merytorycznie spór

¹⁵⁵ M. Klatt, *Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation*, Oxford 2008, s. 4.

¹⁵⁶ M. C. Bassiouni (przypis 2), s. 770.

¹⁵⁷ J. Wróblewski (przypis 3), s. 112-166.

¹⁵⁸ *Ibidem*, s. 120. Por. też L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 56 i n. (ujmuje on dyrektywy preferencji nieco szerzej i mniej precyzyjnie). Por. też M. Zieliński, *Współczesne problemy wykładni prawa*, Państwo i Prawo 1996, nr 8-9, s. 7.

¹⁵⁹ Zob. J. Wróblewski, (przypis 3), s. 122.

¹⁶⁰ Szerzej zob. A. Wyrozumka, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 334, 350.

¹⁶¹ Wyrok ETPC z 14 maja 2014 r. w sprawie nr 25781/94, *Cypr v. Turcja*.

wiele lat wcześniej, 10 maja 2001 r., uznając Turcję winną naruszenia szeregu postanowień EKPC¹⁶².

W postępowaniu dotyczącym zadośćuczynienia Trybunał musiał w pierwszym rzędzie zdecydować, czy art. 41 EKPC ma zastosowanie również w sporach między państwami. Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej Protokołów, oraz jeżeli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi taka potrzeba, o przyznaniu słusznego zadośćuczynienia pokrzywdzonej stronie”. Trybunał, odwołując się do orzeczenia STSM w sprawie fabryki chorzowskiej przypominał, że naruszenie zobowiązań wiąże się z obowiązkiem odszkodowania w odpowiedniej formie¹⁶³. Zdaniem ETPC, mimo specyficznej natury Konwencji, ogólna logika art. 41 nie różni się zasadniczo od konstrukcji odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie międzynarodowym (wyrażonej w wyroku MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros*), zgodnie z którą „jest powszechnie uznaną regułą prawa międzynarodowego, że pokrzywdzone państwo jest uprawnione do uzyskania odszkodowania od państwa, które dopuściło się aktu sprzecznego z prawem międzynarodowym za szkody spowodowane przez to państwo”¹⁶⁴. Jest również powszechną zasadą, że międzynarodowy sąd lub trybunał posiadający jurysdykcję do orzekania w sprawie odpowiedzialności państwa ma, jako jeden z elementów tej jurysdykcji, również kompetencję do orzeczenia odszkodowania za doznane szkody¹⁶⁵.

W tych okolicznościach mając na uwadze to, że art. 41 już sam w sobie stanowi *lex specialis* w stosunku do ogólnych reguł i zasad prawa międzynarodowego Trybunał uznał, że nie może interpretować tego przepisu tak restrykcyjnie na gruncie samej Konwencji, aby wykluczyć z zakresu jego stosowania spory między państwami. Przeciwnie, uznał on, że art. 41, przewiduje przyznanie słusznego zadośćuczynienia „pokrzywdzonej stronie” (*party, à la partie lésée*), co powinno być rozumiane jako odnoszące się do rzeczywistych stron postępowania przed Trybunałem¹⁶⁶.

Stwierdzając, że art. 41 Konwencji ma zastosowanie w postępowaniach między państwami, Trybunał wypowiedział się szerzej w kwestii formy odpowiedzialności niż wymagało tego wydanie orzeczenia w sprawie. Przede wszystkim Trybunał zastrzegł, że przyznanie słusznego zadośćuczynienia powinno być rozpatrywane w odniesieniu do indywidualnego przypadku, z uwzględnieniem między innymi rodzaju skargi wniesionej przez rząd, tego, czy ofiary naruszenia mogą zostać zidentyfikowane, jak również głównego celu wszczęcia postępowania, o ile da się on ustalić na podstawie skargi. Trybunał zwrócił uwagę, że w szczególności w przypadku skarg dotyczących kwestii ogólnych (takich jak problemy systemowe, praktyki administracyjne itd. państwa), których podstawowym celem jest windykacja porządku publicznego w Europie, może nie być właściwe rozstrzygnięcie w kwestii odszkodowania, nawet jeśli skarżący rząd o to wniesie¹⁶⁷.

¹⁶² Wyrok ETPC z 10 maja 2001 r. w sprawie nr 25781/94, *Cypr v. Turcja*.

¹⁶³ Wyrok STSM w sprawie *Factory at Chorzów* (Jurisdiction), Judgment No. 8, 1927, PCIJ, Series A, No. 9, s. 21.

¹⁶⁴ Wyrok MTS w sprawie *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, (Merits), ICJ Reports 1974, pkt. 71-76.

¹⁶⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Cypr v. Turcja* (przypis 161), pkt 41.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pkt 42.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pkt 43.

Wypowiadając się co do ewentualnych skarg międzypaństwowych odnoszących się do naruszeń praw człowieka w stosunku do obywateli państwa skarżącego, Trybunał zauważył, że skargi te są materialnie podobne nie tylko do skarg indywidualnych wnoszonych w oparciu o art. 34 Konwencji, ale również do skarg w kontekście ochrony dyplomatycznej w rozumieniu art. 1 Projektu Komisji Prawa Międzynarodowego w sprawie ochrony dyplomatycznej¹⁶⁸ oraz orzeczenia MTS w sprawie *Diallo*, których istotę MTS określił jako „powołanie przez państwo w drodze działań dyplomatycznych lub innych środków pokojowego rozstrzygnięcia sporów, odpowiedzialności innego państwa za szkody spowodowane niezgodnym z międzynarodowym aktem tego państwa, powstałe po stronie osoby fizycznej lub prawnej posiadającej przynależność państwową tego pierwszego państwa, w celu realizacji tej odpowiedzialności”¹⁶⁹. Trybunał zadeklarował, że jeżeli stwierdzi tego typu naruszenie Konwencji, rozstrzygnięcie w sprawie słusznego zadośćuczynienia może być właściwe, biorąc pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy, jeśli spełnione zostaną warunki wskazane we wcześniejszej części wyroku¹⁷⁰.

W omówionym wyżej orzeczeniu ETPC wykorzystując ogólną zasadę odpowiedzialności państwa potwierdził istnienie jednolitego reżimu odpowiedzialności w prawie międzynarodowym, który może być modyfikowany przez reżimy szczególne na zasadzie *lex specialis*, jednak przy zachowaniu zgodności z reżimem ogólnym. Orzeczenie stanowi nie tylko przykład zastosowania zasady harmonizacji, ale również wskazuje na strukturalną hierarchiczność, w której przeważa ogólna zasada odpowiedzialności państwa. Wskazuje ono również na znaczenie dialogu sędziowskiego przy identyfikacji ogólnych zasad prawa.

Oczywiste jest, że sądy sięgają w swojej argumentacji do ogólnych zasad prawa w szczególności w sprawach problematycznych, w których normy zwyczajowe lub konwencyjne budzą wątpliwości co do treści określonych w nich zobowiązań. Odwołanie do ogólnych zasad prawa pełni przy tym nie tylko rolę perswazyjną, ale również pozwala na „modelowanie” treści i zakresu innych norm w ich świetle. Przykład zastosowania ogólnych zasad prawa jako argumentu wzmacniającego przyjęty sposób interpretacji mogą stanowić wyroki sądów międzynarodowych w sprawach immunitetu państwa. Potencjalny konflikt między immunitetem państwa jako wyrazem ogólnej zasady suwerennej równości państw, a prawami jednostek, w tym prawem do efektywnego środka prawnego w przypadku naruszenia norm o charakterze *ius cogens* jest jednym z bardziej problematycznych zagadnień prawa międzynarodowego ostatnich kilkunastu lat¹⁷¹. Nic zatem dziwnego, że w sprawach dotyczących zakresu immunitetu państwa sądy międzynarodowe niezwykle starannie budowały argumentację prawną swoich orzeczeń. Jej element stanowiły również ogólne zasady prawa.

¹⁶⁸ International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

¹⁶⁹ Wyrok MTS w sprawie *Diallo* (Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Preliminary Objections), ICJ Reports 2007, pkt 39.

¹⁷⁰ Pkt 45 wyroku w sprawie *Cypr v. Turcja* (przyypis 161).

¹⁷¹ Zob. m.in. L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, American Journal of International Law 2003, vol. 97, s. 741 i n.; X. Yang, *State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions*, British Yearbook of International Law, vol. 74, s. 333-408; A. Zimmermann, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens—Some Critical Remarks*, Michigan Journal of International Law 1995, vol. s. 433 i n.

W sprawie *Al-Adsani* interpretując normy prawa zwyczajowego w zakresie immunitetu państwa ETPC podkreślił istotne miejsce instytucji immunitetu w systemie prawa międzynarodowego wywodząc ją z ogólnej zasady suwerennej równości państw znajdującej wyraz w zasadzie *par in parem non habet imperium*. Przyznanie immunitetu państwu w postępowaniu sądowym stanowi, zdaniem ETPC, uprawniony cel (*legitimate aim*) zapewnienia przestrzegania prawa międzynarodowego oraz promowania kurtuazji (*comity*) i dobrych relacji między państwami przez poszanowanie suwerenności innego państwa¹⁷². Powiązanie immunitetu z podstawową zasadą międzynarodowego porządku prawnego, której ochrona stanowi uprawniony cel ograniczenia praw podstawowych, stanowiło element uzasadnienia wąskiej interpretacji norm zwyczajowych ustanawiających wyjątki od immunitetu państwa.

Identyczny argument powołał MTS w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State*¹⁷³ uznając, że zasada suwerennej równości państw stanowi, jako podstawowa zasada międzynarodowego porządku prawnego, w połączeniu z zasadą suwerenności terytorialnej, materialne źródło immunitetu państwa i w konsekwencji każde wyłączenie immunitetu stanowi odejście od tych zasad¹⁷⁴. Powołanie się przez Trybunał na zasady suwerennej równości państw i jurysdykcji terytorialnej (będącej konsekwencją zasady suwerenności terytorialnej) jako na podstawowe zasady międzynarodowego porządku prawnego odegrało w wyroku Trybunału przede wszystkim rolę perswazyjną, ponieważ ostateczne rozstrzygnięcie Trybunał oparł na proceduralnym charakterze immunitetu i w konsekwencji niemożności jego uchylecia przez materialną normę *ius cogens*. Wskazuje to jednak jednoznacznie na powściągliwość Trybunału w uznawaniu norm zwyczajowych, które mogłyby godzić w naturę prawa międzynarodowego przez ingerencję w jego podstawowe zasady. W istocie, jak słusznie wskazują komentatorzy, orzeczenie to zablokowało postępowy rozwój prawa międzynarodowego (przynajmniej na jakiś czas) i zachowało tradycyjne rozumienie nie tylko immunitetu, ale również podstawowych zasad prawa międzynarodowego¹⁷⁵.

¹⁷² “[S]overeign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State’s sovereignty”. Wyrok ETPC w sprawie *Al-Adsani* (przypis 50), pkt 54.

¹⁷³ Wyrok MTS w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece Intervening), ICJ Reports 2013.

¹⁷⁴ „The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it”, *ibidem*, pkt 57.

¹⁷⁵ M. Krajewski, Ch. Singer, *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2012, vol. 16, s. 1-34. Por. P. Ch. Bornkamm, *State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of the State*, *German Law Journal*, 2013, vol. 13 nr 6, s. 773-782.

Proces interpretacji w świetle ogólnych zasad prawa może zawierać w sobie element prawotwórczy polegający wręcz na zmianie treści interpretowanej normy. Z tego rodzaju interpretacją mieliśmy do czynienia w wyroku MTKJ w sprawie *Furundžija*. Zarzut w sprawie obejmował naruszenia prawa i zwyczaju wojennego, polegającego m.in. na gwałcie w rozumieniu art. 3 statutu MTKJ, przy czym czyn oskarżonego polegał na oralnej penetracji. Pojawiła się na tym tle wątpliwość, czy przestępstwo gwałtu obejmuje również czyn wskazany w akcie oskarżenia. W braku definicji gwałtu, która byłaby zawarta w statucie, Trybunał przeanalizował odpowiednie definicje występujące w prawie takich państw jak Chile, Chiny, Niemcy, Japonia, Zambia, Austria, Francja, Włochy, Argentyna, Pakistan, Indie, Południowa Afryka, Niderlandy, Anglia i Walia, Nowa Południowa Walia oraz Bośnia i Hercegowina. Analiza ta wykazała, że wspólne dla tych systemów pojęcie gwałtu nie obejmuje czynu zarzucanego oskarżonemu¹⁷⁶ i jest on w różnych systemach prawnych różnie kwalifikowany. Stojąc wobec braku spójności w systemach krajowych, Trybunał sięgnął do ogólnych zasad prawa międzynarodowego i stwierdził, że wymuszona penetracja ust męskim narządem stanowi jeden z najbardziej poniżających i degradujących ataków na godność ludzką. Zdaniem Trybunału, istotę międzynarodowego prawa humanitarnego jak również praw człowieka, stanowi ochrona godności ludzkiej każdej osoby, niezależnie od płci. Zasada ogólna poszanowania godności ludzkiej stanowi przy tym fundament i w istocie *raison d'être* międzynarodowego prawa humanitarnego oraz praw człowieka. W dzisiejszych czasach zyskała ona taką wagę, że przenika cały system prawa międzynarodowego. Jej celem jest ochrona jednostek ludzkich przed obrazą ich osobistej godności niezależnie czy obraza ta jest spowodowana bezprawnym atakiem cielesnym, czy też przez traktowanie poniżające i degradujące honor, szacunek własny, czy też stan umysłu pokrzywdzonej osoby. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że w świetle zasady poszanowania godności osoby ludzkiej tak szczególnie poważne znieważenie, jakiego dopuścił się oskarżony musi zostać uznane za gwałt. Co więcej, ze względu na szczególną rangę przedmiotowej zasady ogólnej, Trybunał uznał, że bez znaczenia jest ocena prawna tego czynu z punktu widzenia prawa krajowego, w tym również prawa, któremu podlegał oskarżony¹⁷⁷.

6. Podsumowanie

Ogólne zasady prawa ze względu na swój wysoki stopień ogólności i abstrakcyjności, z natury pozostawiają sędziemu międzynarodowemu pewien zakres swobody, który może stać się obszarem aktywizmu bądź wstrzeźliwości sędziowskiej. Naszym celem badawczym było określenie ram, jakie prawotwórczej działalności sędziów, wyznaczają ogólne zasady prawa stosowane zarówno jako bezpośrednia podstawa orzeczeń sądów międzynarodowych, jak i jako dyrektywy interpretacyjne i aplikacyjne przy orzekaniu w oparciu o inne źródła prawa międzynarodowego (traktaty, zwyczaj itd.).

Odnosząc aktywizm sędziowski do praktyki stosowania prawa międzynarodowego przez sądy międzynarodowe należało w pierwszym miejscu ustalić miejsce zasad ogólnych prawa

¹⁷⁶ Trybunał stwierdził, że "it is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus". Zob. *Furundžija* (przypis 83), pkt 181.

¹⁷⁷ *Furundžija* (przypis 83), pkt. 182-184.

w prawie stosowanym przez badane organy orzecznicze. Wszystkie sądy, nie wykluczając MTS, działają bowiem w granicach wyznaczonych w aktach je powołujących, które w większości przypadków określają również podstawy prawne ich orzeczeń. W praktyce na mocy autorytetu art. 38 statutu MTS sądy międzynarodowe bez wahania sięgają do zasad ogólnych stosując je bezpośrednio lub pośrednio niezależnie od treści swojego statutu.

Istotne znaczenie dla oceny prawotwórczej roli sądów międzynarodowych ma sam proces identyfikacji i określania treści ogólnych zasad prawa międzynarodowego. Art. 38 statutu MTS wskazuje na „ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane”. W literaturze panuje zgoda co do tego, że podstawowym kryterium identyfikacji ogólnych zasad prawa jest ich uznanie. Wymóg uznania stanowi jednocześnie dla sędziów granicę swobody pozostawionej im przy identyfikacji ogólnych zasad prawa i określaniu ich treści. Analiza praktyki w tym zakresie, przeprowadzona w oparciu o źródła, z których wywodzone są ogólne zasady prawa (prawo krajowe, prawo międzynarodowe), pozwoliła ustalić, że sądy międzynarodowe nie wypracowały jednolitej metodologii ustalania istnienia i treści ogólnych zasad prawa. W niektórych przypadkach można nawet stwierdzić, że sędziowie opierają się na subiektywnej ocenie, co stanowi najczęściej przejaw aktywizmu sędziowskiego.

Ostatnia część badań dotyczyła istotnej z punktu widzenia prawotwórczej roli sądów międzynarodowych relacji między prawem zwyczajowym i konwencyjnym a ogólnymi zasadami prawa. Analiza orzecznictwa została przeprowadzona w oparciu o funkcje ogólnych zasad prawa. Badane było stosowanie zasad ogólnych prawa do wypełniania luk w prawie międzynarodowym, do interpretacji i stosowania innych źródeł prawa międzynarodowego oraz jako argumentu prawotwórczego.

Przeprowadzona analiza prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, ze względu na specyfikę prawa międzynarodowego ogólne zasady prawa nadal pełnią istotną rolę w jego rozwoju przez sądy międzynarodowe. Jest to szczególnie widoczne w nowych dziedzinach prawa międzynarodowego, takich jak międzynarodowe prawo ochrony środowiska czy międzynarodowe prawo karne. Odwoływanie się przez sądy międzynarodowe do ogólnych zasad prawa sprawia, że prawo międzynarodowe jest systemem kompletnym, odpowiadającym na bieżące problemy, wobec których staje społeczność międzynarodowa. Należy podkreślić, że rozwój prawa międzynarodowego za pomocą ogólnych zasad prawa następuje nie tylko przez odwoływanie się do „nowych” zasad ogólnych, ale również przez dynamiczną wykładnię norm zwyczajowych i traktatowych w świetle ogólnych zasad prawa oraz przez uznawanie obowiązujących norm zwyczajowych za odzwierciedlające ogólne zasady prawa, i tym samym rozszerzaniu zakresu ich stosowania. Po drugie, ogólne zasady jednocześnie stanowią granicę swobody orzekania. Rozwój prawa międzynarodowego nie może podważać jego podstaw, które stanowią między innymi ogólne zasady prawa. Oznacza to, że stosując normy traktatowe lub zwyczajowe sędzia międzynarodowy musi uwzględniać ogólne zasady prawa co w niektórych przypadkach może skutkować wąską interpretacją tych norm lub koniecznością zawężenia ich zakresu. Ogólne zasady prawa mogą również stanowić czynnik ograniczający rozwój norm zwyczajowych, tak jak miało to miejsce w odniesieniu do wyjątków od immunitetu państwa. Warto zwrócić uwagę, że ogólne zasady prawa jako prawna granica swobody orzekania pojawiają się najczęściej w orzecznictwie MTS. Znajduje to uzasadnienie w szczególnej roli tego sądu, który mimo braku obligatoryjnej jurysdykcji, jest postrzegany jako sąd międzynarodowy o najwyższym autorytecie. Nic zatem dziwnego, że traktuje on zapewnianie spójności prawu międzynarodowemu jako jedną ze swoich podstawowych funkcji. Po

trzecie, istotne znaczenie w procesie stosowania ogólnych zasad prawa odgrywa dialog sędziowski. Sądy stosując ogólne zasady prawa jako część niepisanego prawa międzynarodowego szukają ich potwierdzenia w orzecznictwie innych sądów, w szczególności MTS. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do zasad ogólnych leżących u podstaw prawa międzynarodowego jako systemu (zasada dobrej wiary, zasada suwerenności, zasada odpowiedzialności państwa).

Literatura

1. Akehurst H., *Equity and General Principles of Law*, International and Comparative Law Review 1976, vol. 25
2. Arangio-Ruiz G., *The UN Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn 1979
3. Bassiouni M. C., *A Functional Approach to "General Principles of International Law"*, Michigan Journal of International Law 1990, vol. 11
4. U. Beyerlin, *Sustainable Development*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com
5. Cameron J., Gray D., *Principles of International Law in The WTO Dispute Settlement System*, International and Comparative Law Review 2001, vol. 50
6. Cheng B., *General Principles as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge 2006
7. Crawford J., *The Drafting of the Rome Statute*, (w:) P. Sands, *From Nuremberg to the Hague: The Future of International Criminal Law*, Cambridge 2003
8. Czapliński W., Wyrozumski A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2006
9. de Wet E., *From Kadi to NADA: Judicial Techniques Favoring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions*, Chinese Journal of International Law 2013, vol. 12
10. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998
11. Elias O., Lin Ch., *"General Principles of Law", "Soft Law" and the Identification of International Law*, Netherlands Yearbook of International Law 1997, vol. 23
12. Ellis J., *General Principles and Comparative Law*, European Journal of International Law 2011, vol. 22
13. Franck T., *Legitimacy in the International System*, American Journal of International Law 1988, vol. 95
14. Friedmann W., *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, American Journal of International Law 1963, vol. 57
15. G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Recueil des Cours. Académie de Droit International 1975
16. Gaja G., *General Principles of Law*, (w:) Wolfrum R. (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, Oxford University Press 2008, wersja on-line: www.mpepil.com
17. Greig W., *The Underlying Principles of International Humanitarian Law*, 9 Austrian Yearbook of International Law 1985, vol. 46
18. Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie*, Warszawa 2005
19. Hall S., *The Persistent Spectre: Natural Law International Order and the Limits of Legal Positivism*, European Journal of International Law 2001, vol. 12, nr 2
20. Herczegh G., *General Principles of International Law and the International Legal Order*, Budapest 1969
21. Higgins R., *Policy Considerations and the International Judicial Process*, International and Comparative Law Quarterly 1968, vol. 17
22. Hulsroj P., *Three sources no river; a Hard Look at Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and "General Principles of Law"*, Austrian Journal of Public and International Law 1999, vol. 54
23. Jennings R. Y., *What is International Law and How do We Tell it when we See it?*, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 1981, vol. 37
24. Klatt M., *Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation*, Oxford 2008

25. Kolb R., *Principles as Sources of International Law*, Netherlands International Law Review, 2006, vol. 3
26. Koskenniemi M., *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law*, (w:) *Sources of International Law*, M. Koskenniemi (red.) Dartmouth 2000,
27. Krajewski M., Singer Ch., *Should Judges be Front-Runners? The ICJ, State Immunity and the Protection of Fundamental Human Rights*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2012, vol. 16
28. Kumm M., *The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis*, European Journal of International Law 2004, vol. 15
29. Lauterpacht H., *Private Law Sources And Analogies of International Law*, Oxford 1927
30. Lauterpacht H., *The Function of Law in the International Community*, Oxford 2013
31. Lenaerts K., Gutierrez-Fons J. A., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, Common Market Law Review 2010, vol. 47
32. Lorenz W., *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, American Journal of Comparative Law 1964, vol. 13
33. Lowe V., *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, (w:) A. E. Boyle, D. Freestone *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford 1999
34. Lowe V., *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, (w:) M. Byers, *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2000,
35. Mendelson M., *The International Court of Justice and the sources of international law*, (w:) V. Lowe, M. Fitzmaurice, *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge 1996
36. Moore J. B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Washington 1898
37. Mosler H., *General Principles of Law*, (w:) Encyclopedia of Public International Law, Vol. II,
38. Mosler H., *The International Society as a Legal Community*, Alphen, Sijthoff and Noordhoff, 1980
39. Pellet A., *Article 38*, (w:) Zimmermann A., Tomuschat Ch., Oellers-Frahm K., *The International Court of Justice – A Commentary*, Oxford 2006
40. Raimondo F. O., *General Principles of Law in the Decisions of International Courts and Tribunals*, Leiden, Boston 2008
41. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994
42. Schachter O., *International Law in Theory and International Practice*, Dordrecht-Boston-London 1991
43. Schlesinger R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, American Journal of International Law, 1957, vol. 51, nr 4
44. Simma B., Alston P., *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles of Law*, Australian Journal of International Law 1991, vol.12
45. Simma B., Pulkowski D., *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, European Journal of International Law, 2006, vol. 17, nr 3
46. Simma B., *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, European Journal of International Law 2009, vol. 20
47. Skomerska-Muchowska I., *Res Judicata as Principle of International Law – an Effective Solution to the Problem of Competing Jurisdiction*, (w:) B. Krzan (red.) *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wrocław 2012
48. Sluiter G., *Procedural Lawmaking at the International Criminal Tribunals*, (w:) S. Darcy, J. Powderly (red.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford 2010

49. Swart M., *Judges and Lawmaking at the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, Bakwena printers 2006
50. Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006;
51. Tunkin G., "General Principles of Law" in *International Law*, (w:) R. Marcic (red.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, Monachium-Salzburg 1971
52. Voigt Ch., *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden 2009
53. Voigt Ch., *The Role of General Principles in International Law and Their Relationship to Treaty Law*, Retfaerd Årgang 2008, vol. 31
54. Waldock H., *General Course on Public International Law*, Recueil des Cours Académie de Droit International, 1962-II
55. Wentkowska A., *Zasady wspólne dla państw członkowskich – u źródeł niepisanego ius commune europeum*, (w:) C. Mik, *Zasady ogólne prawa wspólnotowego*, Toruń 2007
56. Wet E. de, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, Leiden Journal of International Law 2006, vol. 19
57. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988
58. Wyrozumka A., *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006

Orzecznictwo

1. Wyrok **ETPC** z 10 maja 2001 r. w sprawie nr 25781/94, *Cyprus v. Turkey*
2. Wyrok ETPC z 21 listopada 2001 r. w sprawie nr 5763/97, *Al-Adsani v. UK*
3. Wyrok EPTC z 8 lipca 2004 r. w sprawie nr 48787/99, *Ilascu and others v. Russia and Moldova*
4. Wyrok ETPC z 12 listopada 2008 r. w sprawie nr 34503/97, *Demir and Baykara v. Turkey*
5. Wyrok ETPC z 29 stycznia 2008 r. w sprawie nr 13229/03, *Saadi v. UK*
6. Wyrok ETPC z 14 maja 2014 r. w sprawie nr 25781/94, *Cyprus v. Turkey*
7. Decyzja **MTK** z 10 sierpnia 2007 r. w sprawie nr ICC-02/04-01/05, *Prosecutor v. Joseph Kony*
8. Wyrok MTK z 14 marca 2012 r. w sprawie nr ICC-01/04-01/06-2842, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*
9. Decyzja **MTKJ** z 2 października 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-AR72, *Prosecutor v. Tadić*
10. Decyzja MTKJ z 14 listopada 1995 r. w sprawie nr IT-94-1-T, *Prosecutor v. Tadić*
11. Wyrok MTKJ z 7 października 1997 r. w sprawie nr IT-96-22-A, *Prosecutor v. Dragen Erdemovic*
12. Wyrok MTKJ z 10 października 1998 r. w sprawie nr IT-95-17/1T, *Prosecutor v. Furundžija*
13. Wyrok MTKJ z 16 listopada 1998 r. w sprawie nr IT-96-21-T, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo*
14. Wyrok MTKJ z 14 stycznia 2000 r. w sprawie nr IT-95-16-T, *Prosecutor v. Kupreškić*
15. Wyrok MTKJ z 22 lutego 2001 r. sprawach nr IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac*
16. Decyzja **MTKR** z 18 czerwca 1997 r. w sprawie nr ICTR-96-15-T, *Prosecutor v. Joseph Kanyabashi*
17. Decyzja MTKR z 3 listopada 1999 r. w sprawie nr ICTR-97-19-AR72, *Barayagwiza v. Prosecutor*
18. Wyrok **MTS** w sprawie *Corfu Channel*, ICJ Reports 1949
19. Wyrok MTS w sprawie *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Iceland), (Merits), ICJ Reports 1974

20. Wyrok MTS w sprawie *Frontier Dispute* (Burkina Faso v. Republic of Mali), ICJ Reports 1986
21. Wyrok MTS w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports 1986
22. Wyrok MTS w sprawie *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening), ICJ Reports 1992,
23. Postanowienie MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Provisional Measures)*, ICJ Reports 1993
24. Wyrok MTS w sprawie *Territorial Dispute* (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Reports 1994
25. Wyrok MTS z sprawie *East-Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995
26. Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996
27. Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Preliminary objections), ICJ Reports 1996
28. Wyrok MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports 1997
29. Wyrok MTS w sprawie *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, (Preliminary objections) (Cameroon v. Nigeria), ICJ Reports 1999
30. Wyrok MTS w sprawie *Aerial Incident of 10 August 1999* (Pakistan v. India) (Jurisdiction of the Court), ICJ Reports 2000
31. Wyrok MTS w sprawie *Maritime Delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, (Merits) (Qatar v. Bahrain), ICJ Reports 2001
32. Wyrok MTS w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001
33. Wyrok MTS w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2004
34. Opinia doradcza MTS w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004
35. Wyrok MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia And Herzegovina v. Serbia And Montenegro), ICJ Reports 2007
36. Wyrok MTS *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), ICJ Reports 2007
37. Opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010
38. Wyrok MTS w sprawie *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 2010
39. Wyrok MTS w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy; Greece Intervening), ICJ Reports 2013
40. Rozstrzygnięcie **Stałego Trybunału Arbitrażowego** z 12 marca 2004 r. w sprawie *The Auditing of Accounts between the Kingdom of the Netherlands and the French Republic Pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976* (The Netherlands v. France)
41. Rozstrzygnięcie Stałego Trybunału Arbitrażowego z 24 maja 2005 r. w sprawie *Iron Rhine* (Belgium v. The Netherlands)
42. Wyrok **STSM** w sprawie *The S.S. „Lotus”* (France v. Turkey), PCIJ 1927, Ser. A, nr 10
43. Wyrok STSM w sprawie *Factory at Chorzów* (Jurisdiction), Judgment No. 8, 1927, PCIJ, Series A, No. 9

44. Wyrok STSM w sprawie the *Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (Germany v. Poland), PCIJ 1928, Ser. A, nr 17
45. Wyrok **TSUE** z 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft GmbH przeciwko Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreiden und Futtermittel*
46. Opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. w sprawie 1/91
47. Wyrok TSUE z 24 listopada 1992 r. w sprawie C-286/90 *Anklagemyndigheden przeciwko Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.*
48. Wyrok TSUE z 10 września 1996 r. w sprawie C-61/94 *Komisja przeciwko RFN*
49. Wyrok TSUE z 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-162/96 *A. Racke GmbH & Co przeciwko Hauptzollamt Mainz*
50. Wyrok TSUE z 2 marca 1999 r. w sprawie C-416/96 *Nour Eddline El-Yassmi przeciwko Secretary of State for the Home Department*
51. Wyrok TSUE z 20 listopada 2001 r. w sprawie C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others przeciwko Staatssecretaris van Justitie*
52. Wyrok TSUE (Sądu) z 21 września 2005 r. w sprawie T-315/01 *Kadi przeciwko Radzie i Komisji*
53. Wyrok TSUE z 25 lutego 2010 r. w sprawie C-386/08 *Firma Brita GmbH przeciwko Hauptzollamt Hamburg-Hafen*
54. Wyrok TSUE z 3 września 2008 r. w sprawie C-402/05 P *Kadi i Al Barakaat International Foundation przeciwko Radzie i Komisji*
55. Raport organu odwoławczego **WTO** z 11 czerwca 2003 r. w sprawie WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R, WT/DS259/R *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*
56. Raport organu odwoławczego WTO z 28 lutego 2001 r. w sprawie WT/DS184/R *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan*
57. Raport organu odwoławczego WTO z 12 października 1998 r. w sprawie nr WT/DS58/AB/R 12 *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*
58. Raport organu odwoławczego WTO z 29 kwietnia 1996 r. nr WTO WT/DS2/AB/R w sprawie *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*
59. Raport organu odwoławczego WTO z 8 października w sprawie nr WT/DS192/AB/R, AB-2001-3 *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan*
60. Raport organu odwoławczego WTO z 27 maja 1997 r. w sprawie nr WT/DS33/AB/, *United States – Measures Affecting the imports of Woven Shirts and Blouses from India*
61. Raport organu odwoławczego WTO z 3 grudnia 2007 r. w sprawie nr WT/DS332/AB/R *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*

Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki

Marcin Górski

Spis treści

- 1. Wprowadzenie (149)
- 1.1. Czy istnieje polityczna rola sądów międzynarodowych? (149)
- 1.2. Praktyka MTS (152)
 - 1.2.1. Spór prawny w kontekście sporu politycznego (152)
 - 1.2.2. Rozstrzygnięcie stanowiące kreację (uszczegółowienie) norm prawa międzynarodowego (158)
- 1.3. Przykład politycznej roli decyzji Organu Rozstrzygania Sporów WTO (159)
- 1.4. Definicja politycznej roli sądów międzynarodowych (162)
- 2. Przejawy politycznej roli sądów międzynarodowych (164)
 - 2.1. Polityczne okoliczności utworzenia sądów międzynarodowych (164)
 - 2.2. Responsywność polityczna sądów międzynarodowych (165)
 - 2.3. Polityczna motywacja sądów międzynarodowych (170)
 - 2.4. Polityczna motywacja sędziów sądów międzynarodowych (172)
 - 2.5. Reakcje polityczne na rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych (177)
 - 2.6. Procesy polityczne jako katalizatory decyzji sądów międzynarodowych (179)
 - 2.7. Decyzje sądów międzynarodowych jako katalizatory zdarzeń politycznych (179)
 - 2.8. Polityczne podłoże rozstrzygnięć sądów międzynarodowych – doktryna *political question* (181)
 - 2.9. Sądy międzynarodowe jako sądy konstytucyjne, limitujące władzę polityczną (187)
 - 2.10. Sądy międzynarodowe jako czynniki konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego (189)
 - 2.11. Sądy międzynarodowe jako "trofea polityczne" (191)
 - 2.12. Sądy międzynarodowe jako ponadnarodowe instytucje ochrony suwerenności państw (193)
- 3. Podsumowanie (194)

1. Wprowadzenie

1.1. Czy istnieje polityczna rola sądów międzynarodowych?

Od wieków państwa uciekały się do różnych metod rozwiązywania sporów, zasadniczo politycznych, w tym też realizowanych za pomocą wojen albo w sposób pokojowy. Dopiero w XX wieku doszło do rozprzestrzenienia się („prolifracji”) sądów międzynarodowych, które stały

się najbardziej oczywistym forum rozwiązywania sporów¹. Podstawową funkcją sądów międzynarodowych (w tym również europejskich, takich jak Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*dalej* TSUE albo Trybunał Sprawiedliwości) czy Europejski Trybunał Praw Człowieka (*dalej* ETPC) wydaje się zatem być właśnie rozwiązywanie sporów². Należy przy tym zaznaczyć, że pojęcie „roli” i „funkcji” będzie w tej pracy używane wymiennie, jednak ze świadomością odmienności znaczeniowej obu tych terminów. Funkcja powinna być bowiem w pierwszym rzędzie rozumiana w znaczeniu matematycznym (tj. funkcja jako relacja), natomiast jednym z przypisywanych temu słowu znaczeń jest to, które wyjaśnia funkcję jako „rolę”, a więc w kategoriach czynności³.

W przypadku TSUE i ETPC, ich rola nie została jednak opisana w konstytuujących te sądy umowach międzynarodowych jako zwykłe rozwiązywanie sporów, ani też jako realizowanie jakiegokolwiek roli politycznej. Jak to ujęto w art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej, rolą TSUE jest „zapewnianie poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów”. Literalnie więc, funkcja tego Trybunału jest ograniczona do zapewnienia poszanowania prawa i nie obejmuje jakichkolwiek politycznych konsyderacji, inaczej niż to jest w przypadku innych instytucji Unii Europejskiej⁴. Trybunał Sprawiedliwości powstrzymuje się również od oceny efektywności czy właściwości środków przyjętych przez ustawodawcę Unii⁵. Jeśli zaś chodzi o ETPC, pełni on funkcję kontrolną w nadzorowaniu zgodności działań i zaniechań państw członkowskich z Konwencją, nie zastępując przy tym sądów krajowych w ich zadaniu obejmującym m.in. zapewnienie skutecznego stosowania Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (*dalej* również EKPC albo Konwencja), jak również kontroluje zgodność prawa krajowego z Konwencją⁶, nie mając jednak przy tym kompetencji do jego uchylania czy usuwania z obrotu prawnego w jakikolwiek inny sposób (choć w tych państwach, które w swych krajowych porządkach konstytucyjnych uznają pierwszeństwo stosowania Konwencji przed prawem krajowym, orzeczenie ETPC stwierdzające, że przepis krajowy narusza Konwencję⁷, winno prowadzić do odmowy zastosowania kolidującego przepisu krajowego).

Tendencje do zarówno demokratyzacji, jak i „jurydyzacji” (tj. poddania spraw rozstrzygnięciom na drodze orzecznictwa sądowego) we współczesnych państwach i społeczeń-

¹ Zob. R. Bierzanek, *Some Remarks on the Function of International Courts in the Contemporary World*, Polish Yearbook of International Law 1975, vol. VII, s. 121.

² Artykuł 36 statutu MTS stanowi w ust. 1, że Trybunał ten rozstrzyga „wszelkie spory, które doń wniosą strony, oraz wszelkie sprawy wyraźnie wymienione w Karcie Narodów Zjednoczonych albo w obowiązujących traktatach i konwencjach”.

³ Zob. szeroko I. Bogucka, *Funkcje prawa*, Zakamycze 2000, w szczególności s. 14 i 27.

⁴ Zob. U. Everlich, *The Position of the Court of Justice of the European Communities in its Institutional System*, Polish Yearbook of International Law vol. 19, 1991/1992, s. 49.

⁵ Zob. opinia Rzecznika Generalnego N. Wahla z 29 maja 2013 r. w sprawie C-101/12 *Herbert Schaible v. Land Baden-Württemberg*, pkt 39.

⁶ Zob. ostatnio, obok wielu innych orzeczeń, np. wyrok ETPC (Wielka Izba) z 22 maja 2012 r. w sprawie nr 126/05, *Scoppola v. Italy (No. 3)*, pkt 102.

⁷ Takie jak np. wyrok ETPC z 5 lipca 2011 r. w sprawie nr 18990/05, *Wizerkaniuk przeciwko Polsce*. W wyroku tym Trybunał zauważył, że choć w Polsce dokonała się demokratyczna zmiana, w czasie który upłynął od uchwalenia Prawa prasowego w 1984 r., przepisy art. 14 i art. 49 Prawa prasowego jakoś uszły uwadze polskiego ustawodawcy. Nie wnikając w przyczyny takiego stanu rzeczy, Trybunał jasno stwierdził, że przepisy te są nie do pogodzenia z wymogami demokratycznego społeczeństwa i ze znaczeniem, jakie ma w takim społeczeństwie wolność wypowiedzi.

stwach jest łatwo zauważalna⁸. M. Shapiro określił ten trend, odnosząc się do roli Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, jako "jurydyzację polityki"⁹, wyjaśniając, że pojęcie to oznacza jego zdaniem wzrost roli kontroli sądowej w państwie i zorientowaną na prawo orientację spraw politycznych¹⁰. Przy tym, Shapiro odniósł ten termin również do wpływu preferencji politycznych sędziów na politykę orzecznictwa. Obydwa wspomniane europejskie Trybunały nie są w tym względzie wyjątkiem¹¹.

Jakie zatem właściwie role pełnią współcześnie sądy międzynarodowe, w tym Trybunały Europejskie (ten termin odniesiono na użytek tej pracy do ETPC i TSUE)? w tym względzie wyrażono różne poglądy. Shapiro wskazuje zasadniczo na rolę sądów międzynarodowych jako obejmującą rozwiązywanie konfliktów, kontrolę społeczną i prawotwórstwo¹². J. Scott i S. Sturm przedstawili następujące wymiary funkcji sądowniczej: rola w wypracowywaniu norm, rola w ich wdrażaniu (która stanowi „tradycyjną rolę” sądów jako organów odpowiedzialnych za wdrażanie prawa) i rola katalityczna (rozumiana jako odnosząca się do wywołania i kreowania okoliczności sprzyjających poszukiwaniom normatywnym i naprawieniu sytuacji przez odpowiednie organy pozasądowe w odpowiedzi na pochodzące od sądów sygnały dotyczące okoliczności czy praktyk problematycznych)¹³. Bardziej szczegółową analizę funkcji sądowniczych na przykładzie Trybunałów europejskich opracował M. Ventura, który wspomina o ich roli jako „przeciwwagi dla większości wyznaniowych i religijnych nacjonalizmów”¹⁴, co zresztą jest przykładem typowo politycznego ujęcia funkcji sądowniczej, a także E. de Wet, która dostrzega przykład konstruowania systemu konstytucyjnego w wyrokach TSUE w sprawie *Kadi*¹⁵ i innych, o zbliżonym stanie faktycznym i podłożu normatywnym¹⁶.

J. Kokott i Ch. Sobotta odnotowują wpływ wyroku *Kadi* na system Narodów Zjednoczonych i przytaczają podobieństwa z doktryną *Solange*¹⁷. H. de Waele opisuje rolę Trybunałów europejskich w procesie integracji jako dynamicznie się zmieniającą: pierwotne deficyty instytucjonalne WE/UE zostały po pewnym czasie przezwyciężone i obecnie Trybunał Sprawiedliwości nie musi już być "lokomotywą integracji"¹⁸. Wydaje się przy tym jednak, że również

⁸ T. Ginsburg, *Courts and New Democracies: Recent Works*, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 388, Chicago Law School 2012, s. 2.

⁹ Ang. *juridicalization of politics*.

¹⁰ M. Shapiro, *Juridicalization of Politics in the United States*, *International Political Science Review* 1994, vol. 15, nr 2, s. 101-112.

¹¹ N. L. Maveety, *The Pioneers of Judicial Behaviour*, Michigan 2003, s. 390.

¹² M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986.

¹³ J. Scott, S. Sturm, *Court as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance*, *Columbia Journal of European Law* 2006 vol. 13, s. 571.

¹⁴ M. Ventura, *Law and Religious Issues in Strasbourg and Luxembourg, The Virtues of European Courts*, EUI 2011, źródło: <http://www.eui.eu/Projects/ReligioWest/Documents/conferencePapers/Ventura.pdf>, s. 9/ dostęp 31.08.2014 r.

¹⁵ Wyrok TSUE z 3 września 2008 r. w sprawach połączonych nr C-402 i 415/05P *Kadi & Al Barakat Int'l Found v. Council and Commission*.

¹⁶ E. de Wet, *The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation*, *European Constitutional Law Rev.*, vol. 5, issue 02 (2009), s. 284-306. Zob. także: E. de Wet, *The Role of European Courts in Reviewing Conflicting Obligations Under International Law*, *International Organizations Law Review* 2008, vol. 5, s. 359-364.

¹⁷ J. Kokott, Ch. Sobotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance*, *European Journal of International Law* 2012, vol. 23, nr 4, s. 1015-1024.

¹⁸ H. de Waele, *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment*, *Hanse Law Review* 2010, vol. 6, nr 1, s. 3-16.

rola polegająca na ochronie *acquis de l'Union*, a nawet rola polegająca na zastosowaniu w pewnych przypadkach wstrzeźliwej interpretacji – w celu zachowania autorytetu Trybunału – to także rola polityczna (bo odnosząca się do utrzymania pozycji sądu międzynarodowego wśród władz działających w ramach danego systemu).

Jak można szybko skonstatować, wielu autorów – w ten czy inny sposób – dostrzega polityczną rolę sądów międzynarodowych. To nie istnienie takiej roli, lecz jej treść odróżnia przytaczane stanowiska. Należy zatem spróbować odpowiedzieć na pytanie, na czym polega polityczna rola sądów międzynarodowych. Zanim jednak zostanie przedstawiona analiza manifestacji politycznej roli sądów międzynarodowych na przykładzie Trybunałów Europejskich, należy ustalić, czy rolę taką pełnią również inne sądy międzynarodowe, za przykład biorąc Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (*dalej* MTS) i Organ Rozstrzygania Sporów WTO¹⁹.

1.2. Praktyka MTS

Polityczny wymiar orzeczeń jest widoczny w praktyce MTS. Przejawia się on zarówno w wykonywaniu jurysdykcji Trybunału w sprawach, w których równolegle prowadzone są działania polityczne zmierzające do rozwiązania tego samego sporu, który poddano rozstrzygnięciu MTS (a więc zawisłości sporu prawnego w równoległym istniejącym kontekście politycznym), jak i w formułowaniu przez Trybunał rozstrzygnięć, które nie tyle stanowią odczytanie obowiązujących norm prawa międzynarodowego, ile ich kreację albo próbę kreacji (bądź też, zależnie od punktu widzenia, uszczegółowienie tych norm w realiach sporu zawisłego przed MTS).

1.2.1. Spór prawny w kontekście sporu politycznego

W sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*²⁰ spór dotyczył legalności zatrzymania i przetrzymywania członków personelu dyplomatycznego i konsularnego Stanów Zjednoczonych i innych obywateli tego państwa w Islamskiej Republice Iranu. Iran nie zdecydował się uczestniczyć w tym postępowaniu. Jednak minister spraw zagranicznych Iranu przekazał Trybunałowi stanowisko rządu irańskiego w sprawie, zgodnie z którym kwestia następstw rewolucji islamskiej w Iranie odnosi się do zasadniczo i bezpośrednio do suwerenności państwa irańskiego, co zdaniem rządu irańskiego powodowało, że Trybunał nie powinien zajmować stanowiska w sprawie, gdyż odnosi się ona nie do wykładni i stosowania traktatów, lecz do kompleksowej oceny sytuacji o charakterze politycznym. Zdaniem Trybunału,

¹⁹ Organ Rozstrzygania Sporów Światowej Organizacji Handlu (WTO), a zwłaszcza jego *Appellate Body*, jest uznawany za mający charakter sądu międzynarodowego, albo też za mający charakter zbliżony do sądu międzynarodowego (zob. np. S. A. Ghias, *International Judicial Lawmaking: A Theoretical and Political Analysis of the WTO Appellate Body*, Berkeley Journal of International Law 2006, vol. 24, nr 2, art. 7, s. 3; F. Ortino, E.-U. Petersmann, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague 2004, s. 97; J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2003 – tu zob. zwłaszcza s. 442, gdzie autor, pomimo pewnych wątpliwości, uznaje również panele za mające w praktyce charakter władzy sądowniczej).

²⁰ Wyrok MTS z 24 maja 1980 r. w sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), ICJ Reports 1980, s. 3.

który nie odmówił wykonania swojej jurysdykcji, spory prawne pomiędzy suwerennymi państwami z samej swojej natury ujawniają się zwykle w kontekstach politycznych i często stanowią tylko jeden z elementów szerszego i długotrwałego sporu politycznego pomiędzy zainteresowanymi państwami. Tym niemniej, nigdy nie twierdzono, że ze względu na to, iż spór prawny poddany Trybunałowi pod rozstrzygnięcie stanowi tylko jeden z aspektów sporu politycznego, to Trybunał powinien powstrzymać się od rozstrzygnięcia pomiędzy stronami kwestii prawnych, co do których pozostają one w sporze. Nie można też podstaw dla takiego poglądu, co do funkcji i jurysdykcji Trybunału, doszukać się w Karcie (Narodów Zjednoczonych) czy też statucie Trybunału. Jeżeli Trybunał miałby, wbrew swojemu utrwalonemu stanowisku orzeczniczemu, przyjąć taki pogląd, powodowałoby to daleko idące i trudne do przewidzenia ograniczenie jego roli w zakresie pokojowego rozstrzygania sporów międzynarodowych.

W sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*²¹ Stany Zjednoczone zakwestionowały dopuszczalność skargi Nikaragui, podnosząc m.in., że każdy z zarzutów Nikaragui stanowi w istocie przeformułowaną i powtórzoną jedną, zasadniczą tezę, a mianowicie – że Stany Zjednoczone dopuściły się nieuprawnionego użycia sił zbrojnych, naruszenia pokoju oraz aktów agresji wobec Nikaragui. Ta zaś materia jest zarezerwowana do kompetencji innych organów ONZ, w szczególności RB ONZ (co wynika zarówno z Karty Narodów Zjednoczonych (*dalej* KNZ), zwłaszcza jej art. 24, jak i z praktyki). Postanowienia KNZ dotyczące utrzymującego się użycia sił zbrojnych nie zawierają uznania możliwości rozstrzygnięcia za pomocą środków sądowych (a nie politycznych). Ponadto Stany Zjednoczone podniosły, że MTS powinien stwierdzić niedopuszczalność skargi Nikaragui z uwagi na jej przedmiot oraz usytuowanie MTS w systemie ONZ, co obejmuje także wpływ postępowania przed MTS na trwające wykonywanie „niezbymalnego prawa do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej” w rozumieniu art. 51 KNZ. Stany Zjednoczone zwróciły uwagę, że żądania Nikaragui w niniejszym postępowaniu pokrywają się z tezami deklaracji, której projekt wniesiono do RB ONZ i która nie uzyskała wymaganej większości (na podstawie art. 27 KNZ). Skarga Nikaragui stanowi zatem swego rodzaju apelację od negatywnego (dla powodowego państwa) stanowiska Rady Bezpieczeństwa. Nadto, rozpoznanie niniejszej skargi wymagałoby od MTS uznania zgodności albo niezgodności z prawem działań będących wykonaniem prawa do samoobrony. Tego zaś Trybunał zrobić nie może – z uwagi na zarezerwowanie kompetencji w tym względzie dla RB ONZ. Nikaragua podkreśliła, że Stany Zjednoczone nie rozróżniają art. 2 ust. 4 i art. 39 KNZ. Zdaniem Nikaragui, odpowiedzialność RB ONZ za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa jest „główna”, a nie „wyłączna”. Wreszcie, w ocenie Nikaragui, zanim RB ONZ „stwierdzi okoliczność” (na podstawie art. 39 KNZ), to zgodnie z art. 33 KNZ „strony w sporze, którego dalsze trwanie może narazić na niebezpieczeństwo utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, powinny przede wszystkim dążyć do jego rozstrzygnięcia w drodze (m.in.) postępowania sądowego, (...) stosownie do swego wyboru”. Nawet jednak po „stwierdzeniu okoliczności” przez RB ONZ na podstawie art. 39 KNZ, nie ma nieuniknionej kolizji pomiędzy działaniami RB ONZ i rozstrzygnięciem sporu przez MTS. Jak podkreśliła Nikaragua, „z sądowego punktu widzenia decyzje MTS i działania RB ONZ są całkowicie odrębne”.

²¹ Wyrok MTS z 26 listopada 1984 r. w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, ICJ Reports 1986, s. 14.

Trybunał podkreślił na wstępie, odwołując się do wyroku w sprawie personelu dyplomatycznego i konsularnego Stanów Zjednoczonych w Iranie, że fakt zawisłości sprawy przed RB ONZ nie uniemożliwia jej rozpoznania przez MTS, gdyż obydwie postępowania mogą być prowadzone *pari passu* (równolegle). Trybunał zwrócił uwagę na to, że zakaz wynikający z art. 12 KNZ nie dotyczy MTS. To do MTS należy rozwiązywanie jakiegokolwiek sporu prawnego pomiędzy pozostającymi w sporze stronami, a rozwiązanie takiego sporu prawnego może być ważnym, a czasem decydującym czynnikiem w pokojowym zakończeniu sporu. Potwierdza to art. 36 ust. 3 KNZ. Trybunał podkreślił odrębność i komplementarność funkcji RB ONZ (funkcja polityczna) i MTS (funkcja sądownicza). Wreszcie, odwołując się do wyroku w sprawie *Corfu Channel*²², MTS zauważył, że nie uchylał się nigdy od rozpoznania sprawy z tego tylko powodu, że miała ona implikacje polityczne albo odnosiła się do istotnych elementów związanych z użyciem siły.

Wydając opinię doradczą dotyczącą *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*²³ MTS uznał, że deklaracja niepodległości Kosowa nie naruszała rezolucji RB ONZ nr 1244 (1999), a w konsekwencji nie naruszała również żadnego mającego zastosowanie przepisu prawa międzynarodowego. MTS potwierdził najpierw swoją jurysdykcję do wydania opinii doradczej, uznając, że żądanie wydania opinii doradczej przez ZO ONZ nie stanowiło „zalecenia”, którego sformułowanie przez Zgromadzenie Ogólne zabrania art. 12 KNZ w sytuacji, kiedy RB ONZ podjęła działania w tej samej sprawie. Trybunał uznał również, że żądanie wydania opinii doradczej, z którym wystąpiło ZO ONZ, odnosiło się do „kwestii prawnej”, bo dotyczyło zgodności z prawem międzynarodowym deklaracji niepodległości Kosowa. Trybunał odrzucił także argument, że skoro deklaracja niepodległości jest regulowana prawem wewnętrznym, to skutkuje to brakiem jurysdykcji MTS w sprawie jej zgodności z prawem międzynarodowym. MTS podkreślił, że nie odnosi się do zagadnienia zgodności z prawem wewnętrznym, a jedynie z prawem międzynarodowym. Trybunał zaznaczył również, że jego jurysdykcja nie jest limitowana przez to, że motywy wystąpienia doń o opinię doradczą mogły być polityczne - koncentruje się on bowiem na zagadnieniach zgodności z prawem międzynarodowym. Zarazem jednak MTS zaakcentował, że posiadanie jurysdykcji nie oznacza obowiązku skorzystania z niej poprzez wydanie opinii doradczej. Zgodnie bowiem z art. 65 statutu MTS Trybunał może wydać opinię doradczą, co oznacza, że wykonuje w tym względzie władzę dyskrecyjną. Władza ta jest konieczna dla zachowania integralności funkcji sądowniczej i natury MTS jako naczelnego organu sądowego ONZ. Zarazem MTS zauważył, że tylko „nieodparte powody” (*compelling reasons*) mogą zwalniać MTS z wykonania jurysdykcji do wydania opinii doradczej. Trybunał nie doszukał się takich powodów ani w tym, że zdaniem niektórych motywy wystąpienia o opinię były polityczne (wniosek o rezolucję ZO ONZ wskazywał, że celem jest danie „państwu prawa do skargi sądowej w ramach systemu ONZ”, co Trybunał odrzucił, podkreślając, że jurysdyk-

²² Wyrok MTS z 9 kwietnia 1949 r. w sprawie *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports 1949, s. 4.

²³ Opinia doradcza MTS z 22 lipca 2010 r. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Request for Advisory Opinion), ICJ Reports 2010, pkt 119. Zob. komentarze m.in. w: D. Jacobs, Y. Radi, *Waiting for Godot: an Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo*, Leiden Journal of International Law 2011, nr 24, s. 331-353. H. Hannum, *The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?*, Leiden Journal of International Law 2011, nr 24, s. 155-161.

cja doradcza nie stanowi *judicial recourse* dla państw, ale ścieżkę dostępną dla organów ONZ), ani w tym, że rezolucja 63/3 ZO ONZ nie wskazywała na użyteczność prawną opinii doradczej (*useful legal effect* – Trybunał odrzucił ten argument wskazując, że to nie on, lecz występujący o opinię doradczą organ, określa przydatność opinii doradczej dla wykonywanych przez siebie funkcji), ani też wreszcie w tym, że opinia doradcza mogłaby mieć negatywne konsekwencje polityczne. Trybunał uznał również, że art. 12 KNZ nie oznacza wyłączenia prawa Zgromadzenia Ogólnego do partycypacji w dyskusji na temat statusu Kosowa, zaś kompetencja Rady Bezpieczeństwa określona przez art. 24 KNZ (utrzymywanie pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego) nie jest kompetencją wyłączną Rady Bezpieczeństwa. Odwołując się do opinii doradczej w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, MTS przypomniał, że zajmując się równoległe tym samym problemem z zakresu pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, Rada Bezpieczeństwa koncentruje się na zagadnieniach utrzymania pokoju i bezpieczeństwa, zaś Zgromadzenie Ogólne odnosi się do problemu w szerszej perspektywie, obejmującej również aspekty humanitarne, społeczne i gospodarcze. MTS zwrócił także uwagę na to, że wielokrotnie zdarzało mu się interpretować decyzje organów politycznych ONZ, pomimo faktu, że to sam organ, który wydał taką decyzję, winien ją interpretować.

Podobnie, w opinii doradczej w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*²⁴ Trybunał, odpowiadając na pytanie sformułowane w rezolucji ZO ONZ uznał, że wzniesienie przez Izrael muru na okupowanym terytorium palestyńskim naruszało prawo międzynarodowe, a Zgromadzenie Ogólne i Rada Bezpieczeństwa ONZ powinny rozważyć, jakie działania mogą podjąć, aby zakończyć tę sytuację. Warto zauważyć, że Izrael nie zastosował się do opinii²⁵, zgodnie zresztą z przewidywaniami²⁶. Trybunał odrzucił argumentację Izraela dotyczącą wykonywania – za pomocą wzniesienia muru – prawa do samoobrony. Zdaniem Trybunału, nie mogło być mowy o uznaniu wykonywania tego prawa, skoro Izrael nie wskazywał na to, aby stał się obiektem ataku ze strony innego państwa, a wręcz odwrotnie, podnosił, że sprawuje kontrolę nad okupowanym terytorium palestyńskim. To rozstrzygnięcie MTS było krytykowane m.in. jako zbyt wstrzeмиęzliwe – Trybunał mógł uznać prawo do samoobrony przed atakiem podmiotów innych niż państwo, a jednak tego nie zrobił²⁷.

Niekiedy sądy międzynarodowe, widząc potrzebę „proaktywnego”²⁸ podejścia, które pozwala osiągać interesujące sąd cele polityczne, chociaż o prawnym także wymiarze (jak np.

²⁴ Opinia doradcza z 9 lipca 2004 r. w sprawie *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Request for Advisory Opinion), ICJ Reports 2004, s. 136.

²⁵ Zob. np. *Five years on, Israel continues to disregard the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Wall* - Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, źródło: www.unispal.un.org/ dostęp 31.08.2014 r.

²⁶ Por. np. M. Hirsch, *The Impact of the Advisory Opinion on Israel's Future Policy: International Relations Perspective*, *Journal of International Law and International Relations* 2005, vol. 1, s. 319-330.

²⁷ Zob. szerzej omówienie opinii odrębnych sędziów MTS w: Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford 2008, s. 135; zob. też I. Scobbie, *Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine*; *European Journal of International Law*, vol. 16, nr 5, 2005, s. 3.

²⁸ Zob. szerzej P. Kooijmans, *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy*, *International and Comparative Law Quarterly* 2007, nr 56, s. 741 i n. Sędzia

osiąganie pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego), wychodzą poza granice swojej jurysdykcji. Trudno ocenić takie posunięcie sądu jako coś innego, niż realizowanie przezeń politycznej roli – podstawowym wyznacznikiem funkcji sądowej powinno być ścisłe pilnowanie granice jurysdykcji (co odróżnia sąd od onnipotentnego prawodawcy). Przykładem takiego „proaktywnego” podejścia, o politycznym wymiarze, był wyrok MTS w sprawie *Kasikili/Sedudu Island*²⁹. W tym wyroku Trybunał nie tylko rozstrzygnął co do sporu przedłożonego przez strony (tj. co do przebiegu granicy wokół wyspy Kasikili/Sedudu oraz co do statusu tej wyspy, tzn. tego, czy jest ona częścią terytorium Namibii albo Botswany), ale również uznał w rozstrzygnięciu (w zasadzie nie pytany o to), że strony muszą zapewnić niezakłócony ruch statków obu bander (i obywateli obu państw) wokół wyspy (pkt 3 części operatywnej wyroku).

Z drugiej strony, w sprawie *Nuclear Tests*³⁰ Trybunał zdecydował się powstrzymać od rozstrzygnięcia co do meritum skargi, akcentując potrzebę uniknięcia zbędnego kontynuowania sporu sądowego. Spór w tej sprawie dotyczył zarzutów Nowej Zelandii w związku z prowadzeniem przez Francję atmosferycznych prób nuklearnych na południowym Pacyfiku. Francja nie uczestniczyła w postępowaniu – zgodnie z treścią listu ambasadora Francji w Królestwie Niderlandów, rząd francuski uznał MTS za oczywiście niewłaściwy i pozbawiony jurysdykcji w sprawie. Stanowisko nowozelandzkie nie było do końca jasne, dlatego też MTS zdecydował się (pkt 31 wyroku) „ustalić prawdziwy przedmiot sporu, przedmiot i cel skargi”. Następnie ustalił również, pomimo braku aktywnego uczestnictwa Francji w postępowaniu, że w istocie atmosferyczne próby nuklearne prowadzone przez Francję na południowym Pacyfiku dobiegły końca i nie będą w przyszłości prowadzone. MTS stwierdził, że oświadczenia publicznie składane w tym względzie przez Francję skutkują zaciągnięciem zobowiązań międzynarodowych w drodze aktów jednostronnych (pkt 53 wyroku). Twierdzenia Nowej Zelandii o istnieniu sporu zostały w ten sposób podważone przez MTS, który podkreślił, że „istnienie sporu jest podstawowym warunkiem wykonania przez Trybunał jego funkcji orzeczniczej; nie wystarczy, aby jedna strona stwierdziła, że spór istnieje, bo istnienie sporu międzynarodowego jest przedmiotem ustaleń obiektywnych” (pkt 58 wyroku). Uznając, że – skoro Francja przyjęła jednostronne zobowiązanie do zaniechania dalszych atmosferycznych prób nuklearnych na południowym Pacyfiku, a tego właśnie chciała Nowa Zelandia – spór przestał istnieć, Trybunał zauważył, że „rozstrzygnięcie sądowe może dostarczyć ścieżki do osiągnięcia harmonii międzynarodowej w okolicznościach konfliktu, ale też zbędne kontynuowanie sporu sądowego stanowi przeszkodę dla osiągnięcia takiej harmonii”.

Podobnie, w sprawie *East Timor*³¹, MTS zdecydował się zaniechać rozstrzygnięcia co do meritum skargi Portugalii, uznając, że chociaż generalnie nie ma przeszkód do wydania orzeczenia, które odnosiłoby się do interesów państwa niebędącego stroną postępowania (tu: Indonezji), to jednak w materialnej sprawie takie rozstrzygnięcie stanowiłoby sedno wyroku.

Kooijmans rozróżnia pojęcia aktywizmu sędziowskiego (który ocenia negatywnie jako potencjalnie destrukcyjny) i proaktywnej polityki sędziowskiej, którą ocenia pozytywnie, jako sprzyjającą efektywnemu rozwiązaniu sporu.

²⁹ Wyrok MTS z 13 grudnia 1999 r. w sprawie *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana v. Namibia), ICJ Reports 1999, s. 1045.

³⁰ Wyrok MTS z 20 grudnia 1974 r. w sprawie *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), ICJ Reports 1974, s. 457.

³¹ Wyrok MTS z 30 czerwca 1995 r. w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995, s. 90.

Spór w tej sprawie dotyczył zarzutów Portugalii przeciwko Związkowi Australijskiemu, dotyczących pewnych działań Australii w odniesieniu do Timoru Wschodniego, które w ocenie skarżącego państwa naruszały zobowiązanie poszanowania władzy Portugalii jako Władzy Administrującej w odniesieniu do terytorium Timoru Wschodniego oraz prawo ludności Timoru Wschodniego do samostanowienia i prawa z nim związane. Australia uznała – przeciwnie do stanowiska Organizacji Narodów Zjednoczonych – aneksję Timoru Wschodniego, której dokonała Indonezja po tym, jak administracja portugalska opuściła terytorium Timoru Wschodniego. W 1989 r. Australia zawarła z Indonezją traktat dotyczący podziału szelfu kontynentalnego, który należał do Timoru Wschodniego, który to traktat następnie został wykonany australijskim prawem wewnętrznym. Australia zarzuciła Portugalii, że w istocie spór w niniejszej sprawie kierowany jest przeciwko Indonezji, ale ta nie uznała jurysdykcji MTS (w przeciwieństwie do państw pozostających w sporze w niniejszej sprawie), nie zaś przeciwko Australii. MTS przypomniał definicję sporu, sformułowaną we wcześniejszym orzecznictwie (różnica zdań co do prawa lub faktu, konflikt poglądów prawnych albo interesów stron; skarga jednej strony zostaje rzeczywiście zanegowana przez drugą stronę) i uznał, że skoro Portugalia sformułowała (zasadne albo nie) żądania, a Australia je zanegowała, to istnieje spór w niniejszej sprawie. Następnie MTS odniósł się do głównego argumentu Australii, dotyczącego tego, że skarga Portugalii wymagałaby ustalenia przez MTS praw i obowiązków Indonezji. MTS stwierdził, że skarga Portugalii dotyczy tego, iż tylko Portugalia mogła zawrzeć traktat w imieniu Timoru Wschodniego (jako Władza Administrująca w odniesieniu do tego terytorium). Zdaniem Australii, fundamentalne dla niniejszego sporu jest ustalenie, czy w 1989 r. (kiedy zawarto sporny traktat) Indonezja, czy też Portugalia, mogła zawrzeć traktat w imieniu Timoru Wschodniego, dotyczący jego szelfu kontynentalnego. MTS zgodził się, że zachowanie Australii nie może być ocenione bez odniesienia się do tego, dlaczego Indonezja nie mogła zawrzeć traktatu z 1989 r., a to wymagałoby uznania jurysdykcji w sprawie przez Indonezję (którego brakowało). Nie zmienia tego fakt, że zobowiązanie do poszanowania prawa narodów do samostanowienia jest zobowiązaniem *erga omnes*, bo czym innym jest kwestia uznania jurysdykcji MTS, a czym innym poszanowanie norm *erga omnes*. W reakcji na to stanowisko, Portugalia podniosła, że kwestia nielegalności aneksji Timoru Wschodniego przez Indonezję została zdeterminowana decyzjami Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa ONZ, zatem nie musi być ustalana przez MTS *de novo*. MTS uznał jednak, że stanowisko organów ONZ nigdy nie szło tak daleko, aby uznać – jak to podnosi Portugalia – że na wszystkich państwach ciąży obowiązek nieuznania władzy Indonezji nad terytorium Timoru Wschodniego i zaraz uznania, że w sprawach tego terytorium należy porozumiewać się tylko z Portugalią. Dalej jednak MTS uznał, że nie jest konieczne tak, iż jest on pozbawiony jurysdykcji, jeżeli jego wyrok miałby dotyczyć interesów państwa, które nie jest stroną w postępowaniu. Jednak w niniejszej sprawie ustalenie praw i obowiązków Indonezji stanowiłoby sedno rozstrzygnięcia. W konsekwencji – MTS odmówił rozstrzygnięcia co do meritum skargi portugalskiej. Podkreślił jednak, że terytorium Timoru Wschodniego, zgodnie ze stanowiskami obu stron, stanowi obszar nie rządzący się samodzielnie (w rozumieniu Rozdziału XI KNZ) i jego ludność ma prawo do samostanowienia.

W opinii odrębnej do tego wyroku sędzieja K. Skubiszewski (wskazany jako sędzia *ad hoc* przez Portugalie) podkreślił (pkt 112), że „występują takie spory, których rozwiązanie nie składa się z jednej tylko operacji. Rozwiązanie sporu jest albo staje się procesem. Taki też jest charakter sprawy Timoru Wschodniego. Orzeczenie Trybunału jest częścią procesu i nie

ma powodu, aby je z tego względu eliminować”. Sędzia Skubiszewski zaakcentował, że byłoby lepiej, gdyby MTS uznał, że ma jurysdykcję w sprawie – „lepiej dla zasady rządów prawa, lepiej dla przyszłego rozwoju”. Zauważył również, że „sprawa ta stwarzała okazję do oceny zachowania członka ONZ w świetle KNZ. Jest to fundamentalna kwestia w erze kryzysu ONZ i, bardziej ogólnie, w obecnym klimacie narastającego osłabienia zasady legalizmu na świecie”. Sędzia Skubiszewski dość emfaticznie przeciwstawił (pkt 162 opinii odrębnej) *Realpolitik* wymuszającą uznanie indonezyjskiego podboju (argument rzekomego braku możliwości wykonania wyroku) postawie portugalskiej, która nie miała żadnego własnego, narodowego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia – jej postawa sprowadzała się do zanegowania egoizmu w relacjach międzynarodowych (który cechował postępowanie Australii).

1.2.2. Rozstrzygnięcie stanowiące kreację (uszczegółowienie) norm prawa międzynarodowego

Interesującym przykładem tego rodzaju orzeczenia jest wyrok MTS w sprawie Niemcy przeciwko Islandii dotyczącej *Fisheries Jurisdiction*³². W wyroku, Trybunał nakazał stronom podjęcie w dobrej wierze negocjacji dotyczących spornych kwestii, określając podstawowe elementy, które powinny zostać objęte przyszłym porozumieniem stron (konieczność uwzględnienia „szczególnej zależności” Islandii od połowów, konieczność uwzględnienia praw RFN dotyczących korzystania z zasobów morskich na spornych terytoriach, a wynikających z gospodarczej zależności części jej ludności od połowów, konieczność uwzględnienia interesów państwa trzecich, konieczność uwzględnienia potrzeby zachowania zasobów morskich, jak również konieczność uwzględnienia potrzeby dostosowywania uwarunkowań prawnych do zasady zachowania zasobów morskich, w oparciu o dane naukowe).

Wyrokowi MTS towarzyszyła m.in. deklaracja sędziego L. Ignacio-Pinto, który podkreślił, że „MTS sprawia wrażenie zainteresowanego wskazaniem reguł, w oparciu o które należałoby skonstruować międzynarodową regulację praw połowowych”, a tymczasem MTS „powinien ograniczyć się do stwierdzenia, jakie jest obowiązujące prawo w odniesieniu do stanu faktycznego sprawy przed nim zawisłej”. Inne stanowisko zajął sędzia M. S. Nagendra Singh, akcentując, że choć MTS nie powinien „kierować negocjacjami w każdej sprawie”, to jednak w tej szczególnej sprawie negocjacje wydają się być niezbędne, bo „żaden sąd, a szczególnie MTS, nie może być uznany za odchodzącego od swej funkcji wtedy, kiedy przywiązuje należyłą wagę do rozwiązania sporu, co jest ostatecznym celem jakiegokolwiek orzekania, jak i Organizacji Narodów Zjednoczonych, zaś MTS, jako organ ONZ, nie może sobie pozwolić na ignorowanie tego aspektu”.

Warto zauważyć w tym miejscu, że w sprawie *Haya de la Torre*³³ MTS, stwierdzając w wyroku, iż udzielony przez Kolumbię azyl musi zostać zakończony, podkreślił jednocześnie, że sposób, w jaki ma się to stać, nie może zostać określony w wyroku Trybunału, bo musiałby on w tym celu wykroczyć poza swoją funkcję orzeczniczą (*depart from its judicial function*).

³² Wyrok MTS z 2 lutego 1973 r. w sprawie *Fisheries Jurisdiction* (Federal Republic of Germany v. Iceland), Jurisdiction of the Court, ICJ Reports 1973, s. 3.

³³ Wyrok MTS z 13 czerwca 1951 r. w sprawie *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), ICJ Reports 1951, s. 4.

1.3. Przykład politycznej roli decyzji Organu Rozstrzygania Sporów WTO

Również Organ Rozstrzygania Sporów (przede wszystkim *Appellate Body*) WTO realizuje niekiedy rolę polityczną. Czyni to m.in. poprzez „uzupełnianie luk” w regulacji umów WTO. Jako przykład wypełniania luk R.H. Steinberg³⁴ wskazuje raport *Appellate Body* w sprawie *US – Shrimp/Turtle I*³⁵, w którym dopuścił on przyjmowanie uwag *amicus curiae* od organizacji niepaństwowych, opierając się w tym zakresie na art. 13 Porozumienia w sprawie rozstrzygania sporów (*dalej PRS*), zgodnie z którym panele mogą zwracać się do jakichkolwiek jednostek i organizacji, jakie uznają za stosowne, o informację i rady techniczne. To stwierdzenie *Appellate Body* ma dużą doniosłość polityczną, łagodzi ono bowiem brak *locus standi* podmiotów prywatnych w systemie rozstrzygania sporów WTO. Innym przykładem rozstrzygnięcia o charakterze politycznym jest uznanie roli raportów paneli jako istotnej dla ustalenia treści zobowiązań stron umów WTO (czyli określenie relacji pomiędzy art. IX ust. 2 PWTO i art. 3 ust. 2 oraz art. 19 ust. 2 PRS³⁶)³⁷. W sprawie *Japan – Alcoholic Beverages II*³⁸ *Appellate Body* odniósł się do stwierdzenia panelu, zgodnie z którym raport panelu przyjęty przez ORS miałyby stanowić „późniejszą praktykę stosowania traktatu” w rozumieniu art. 31 ust. 3 lit. b) KWPT³⁹. Zdaniem *Appellate Body*, raporty paneli nie mają takiej funkcji. Jako przyczynę takiego stanu rzeczy organ wskazał art. IX ust. 2 Porozumienia ustanawiającego WTO, zgodnie z którym „Konferencja Ministerialna i Rada Generalna będą mieć wyłączne uprawnienia dokonywania interpretacji niniejszego porozumienia oraz Wielostronnych porozumień handlowych” (przy czym interpretacja wymaga większości $\frac{3}{4}$ głosów i nie może prowadzić do zmiany porozumienia). Organ podkreślił, że tak szczegółowa regulacja dotycząca „wyłącznych uprawnień” organów WTO w tym względzie to wystarczający powód, dla którego należy uznać, że tego rodzaju uprawnienia nie przysługują innym organom poprzez implikację albo przeoczenie⁴⁰ (*the fact that such an 'exclusive authority' in interpreting the treaty has been established so specifically in the WTO Agreement is reason enough to conclude that such authority does not exist by implication or by inadvertence elsewhere*). Zarazem *Appellate Body* zauważył, że przyjęte raporty paneli, choć wiążą tylko strony określonego sporu, „stanowią

³⁴ R. H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, *American Journal of International Law* 2004, vol. 98, nr 2, s. 251.

³⁵ Raport *Appellate Body* z 6 listopada 1998 r., WT/DS58/AB/R.

³⁶ Odpowiednio: Porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu (WTO) sporządzone w Marakeszu z 15 kwietnia 1994 r., Dz. U. z 24 sierpnia 1995 r. Nr 98, poz. 483 zał. ze zm. i uzup. (PWTO) oraz Porozumienie w sprawie rozstrzygania sporów, Dz. U. z 24 sierpnia 1995 r. Nr 98, poz. 483 zał. ze zm. i uzup. (PRS).

³⁷ Ta relacja bywa opisywana jako stosunek „rządzenia politycznego” (ang. *political governance*) i „usądowienia” (ang. *judicialization*) w systemie WTO (E. Alben, T. Reif, *Homage to a Bull Moose III: striking the correct balance between political governance and judicialization in the WTO*, (w:) G. Sacerdoti i in. (red.), *The WTO At Ten*, Cambridge 2006, s. 116). To pierwsze odbywa się poprzez formalne procedury zmiany (art. X PWTO) i dokonywanej przez uprawnione organy wykładni (art. IX ust. 2 PWTO) Porozumienia ustanawiającego WTO. Artykuł IX ust. 2 PWTO służy interpretacji autorytatywnej.

³⁸ Raport *Appellate Body*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R pkt 107-108.

³⁹ Konwencja o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r., Dz. U. z 2 listopada 1990 r. Nr 74, poz. 439 zał.

⁴⁰ Cyt. „the fact that such an 'exclusive authority' in interpreting the treaty has been established so specifically in the WTO Agreement is reason enough to conclude that such authority does not exist by implication or by inadvertence elsewhere”.

ważny składnik *acquis* GATT". Są często punktem odniesienia dla późniejszych paneli. Kreują uprawnione oczekiwania wśród członków WTO i wobec tego powinny być brane pod uwagę tam, gdzie mają znaczenie w innych sporach"⁴¹. Przykładem „uzupełniającego luki” (a więc politycznego) rozstrzygnięcia może być stanowisko organów sędziowskich WTO w sprawie praktyki „zerowania”. S. Cho⁴² jako przykład (jak sam przyznaje – „niecharakterystycznej”) wykładni aktywistycznej i ograniczającej swobodę państw podaje serię raportów *Appellate Body* w sprawie zerowania (ang. *zeroing*)⁴³. Poczynając od raportu w sprawie *EC – Bed Linen*⁴⁴ po raporty w sprawach *US – Zeroing (Japan)*⁴⁵ i *US – Zeroing (Mexico)*⁴⁶, Organ Odwoławczy uznał niedopuszczalność metody zerowania, pomimo tego, że przepisy WTO nie zakazują wprost stosowania takiej metody⁴⁷, a takie stanowisko *Appellate Body* np. w Stanach Zjednoczonych „było postrzegane jako niemożliwa do zaakceptowania forma sądowego stanowienia prawa, bo polegało na wymyślaniu zasad, których Stany Zjednoczone nigdy nie negocjowały⁴⁸.

Wreszcie, polityczne znaczenie (polegające na przyznaniu decyzjom zapadającym w ramach systemu rozstrzygania sporów znaczenia *quasi* źródła prawa) ma również umacnianie doktryny precedensu w systemie WTO. Doktryna precedensu (w znaczeniu ścisłym – rozumianego jako związanie sądów precedensowym rozstrzygnięciem, zgodnie z zasadą *stare decisis et non quieta movere* – pozostań przy podjętej decyzji) nie ma zastosowania w systemie prawa WTO. Zdaniem S. Rai⁴⁹, doktryna precedensu w brytyjskim systemie *common law* uległa modyfikacji i obecnie sądy nie są (z wyjątkiem angielskiego *Court of Appeal*) związane własnymi rozstrzygnięciami. Doktryna precedensu w obecnej formie może mieć, zdaniem tej autorki, zastosowanie tylko tam, gdzie występuje hierarchia sądów⁵⁰, a – w jej opinii – taką hierarchiczną strukturę wprowadziły porozumienia rundy urugwajskiej, dając podstawę funkcjonowaniu *Appellate Body*⁵¹. Następnie autorka podkreśla, że zastosowanie prawa do rozstrzygnięcia sporu wymaga interpretacji przepisów w celu ustalenia znaczenia norm, a więc panele i *Appellate Body* muszą unikać sprzecznych interpretacji, aby nie podważać mocy wią-

⁴¹ Warto zauważyć, że J. H. Jackson wprost twierdzi, że art. 3 ust. 2 PRS „rezonuje w kierunku osłabienia paneli i instancji odwoławczej, aby używały wstrzeźliwości sędziowskiej i nie były zbyt aktywistyczne” (J.H. Jackson, *Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Considerations*, Research Seminar in International Economics. The University of Michigan, Discussion Paper nr 419, Michigan 1998, s. 21; analogicznie: S.P. Crowley, J.H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review and Deference to National Governments*, American Journal of International Law 1996, nr 90, s. 212). J.H. Jackson postrzega więc art. 3 ust. 2 PRS jako normatywne ograniczenie aktywizmu sędziowskiego.

⁴² S. Cho, *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper.

⁴³ Zerowanie jest jedną z technik kalkulacji marginesu dumpingu. Jeżeli po odjęciu ceny towaru w imporcie do Stanów Zjednoczonych od ceny towaru w eksporcie z państwa, z którego towar pochodzi, wychodzi kwota ujemna, zeruje się ją, zamiast uwzględnić w ogólnej kalkulacji marginesu dumpingu.

⁴⁴ Raport Appellate Body z 12 marca 2001 r., WT/DS/141/AB/R.

⁴⁵ Raport Appellate Body z 23 stycznia 2007 r., WT/DS322/AB/R.

⁴⁶ Raport Appellate Body z 30 kwietnia 2008 r., WT/DS344/AB/R.

⁴⁷ S. Cho (przypis 42), s. 3.

⁴⁸ S. Cho (przypis 42), s. 4 i 20.

⁴⁹ S. Rai, *Doctrine of Precedent in WTO*, s. 2, źródło: ideas.repec.org/p/ess/wpaper/id787.html/ dostęp 31.08.2014 r.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 2-4.

⁵¹ *Ibidem*, s. 6.

żącej porozumień WTO i zachować spójność i sprawiedliwość systemu prawa WTO – co w praktyce prowadzi do zastosowania doktryny precedensu w znaczeniu szerokim, tj. polegającej na odwoływaniu się do wcześniejszych rozstrzygnięć i utrzymywaniu przyjętego sposobu wykładni, bez stwierdzenia o jego mocy wiążącej. Zdaniem tej autorki, doktryna precedensu stosuje się również w znaczeniu ścisłym (tj. jako obejmująca związanie wcześniejszymi rozstrzygnięciami co do sposobu interpretacji przepisów)⁵². Autorka podaje w tym względzie przykład rozstrzygnięć dotyczących sporów w sprawie środków ochronnych, w których panel najpierw przyjął, że Porozumienie w sprawie środków ochronnych modyfikuje art. XIX GATT (zawierający warunek nieprzewidzianych zdarzeń), zaś *Appellate Body* przyjął następnie odmienne stanowisko, uznające konieczność zaistnienia nieprzewidzianych zdarzeń (zgodnie z art. XIX GATT) dla zastosowania środków ochronnych. Autorka wskazuje, że to stanowisko zostało następnie przyjęte w praktyce paneli, gdyż przeciwne rozwiązanie podważałoby pewność prawną i przewidywalność systemu prawa WTO. Odnosząc się do raportu *Appellate Body* w sprawie *Japan – Alcoholic Beverages II* autorka zauważyła, że potwierdza on proponowaną przez nią tezę o precedensowym (w sensie ścisłym) znaczeniu rozstrzygnięć Organu Odwoławczego, gdyż we wskazanej sprawie chodziło o decyzję Umawiających się Stron o przyjęciu raportu panelu, a więc *Appellate Body* (jako „sąd” hierarchicznie wyższy) nie mógł być nim związany. Autorka odnosi się także do „powtarzających się zarzutów o aktywizm sędziowski” *Appellate Body*. Podkreśla ona, że aktywizm sędziowski może być szkodliwy dla międzynarodowych porozumień handlowych, bo „chcąc bezpieczeństwa i przewidywalności systemu, nie chcemy być stroną zobowiązań, na które się nie zgodziliśmy albo – raczej – którym szczególnie się nie sprzeciwialiśmy”⁵³.

Do znaczenia precedensu w systemie WTO odnosi się również F. David⁵⁴. Podkreśla on, że dotychczas odrzucano istnienie zasady wiążącego precedensu (w znaczeniu doktryny *stare decisis*) w prawie WTO. David zauważa, że w sprawie *US – Shrimp (Art. 21.5 Malaysia)* *Appellate Body* podkreślił, że oczekuje od paneli brania pod uwagę wcześniejszych decyzji Organu Odwoławczego, o ile mają ona znaczenie dla rozstrzygnięcia późniejszego sporu⁵⁵. W sprawie *US – Softwood Lumber V*⁵⁶ *Appellate Body* odwołał się do wcześniejszego raportu w sprawie *EC – Bed Linen I* i posłużył się uzasadnieniem i ustaleniami z tej sprawy jako „właściwymi dla rozważenia faktów materialnej sprawy i argumentów podniesionych przez strony”. Autor podnosi, że w zgodnej opinii doktryny⁵⁷ uprzednie decyzje paneli i organu odwoławczego, z uwagi na ich „dużą siłę perswazyjną” stanowią „niewiążący precedens”. Autor odnotowuje nawet głosy przemawiające za uznaniem istnienia doktryny *de facto stare decisis* i zerwaniem z hipokryzją oraz przyjęciem – poprzez nowelizację Porozumienia w sprawie roz-

⁵² *Ibidem*, s. 7 i 8.

⁵³ *Ibidem*, s. 9 oraz *in fine*.

⁵⁴ F. David, *The Role of Precedent in the WTO – New Horizons?*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2009-12.

⁵⁵ Raport *Appellate Body* z 22 października 2001 r. w sprawie *US – Shrimp (Art. 21.5 Malaysia)*, WT/DS./58/AB/R, pkt. 107-109.

⁵⁶ Raport *Appellate Body* z 11 sierpnia 2004 r., WT/DS264/AB/R, pkt 112.

⁵⁷ Powołuje m.in. D. Palmeter i P. Mavroidis, *The WTO Legal System – Sources of Law*, American Journal of International Law 1998, s. 401.

strzygania sporów – doktryny *de jure stare decisis*⁵⁸. W ocenie F. Davida, istotną zmianę przynosi raport *Appellate Body* w sprawie *US – Stainless Steel*. W tej sprawie⁵⁹ *Appellate Body* zajął stanowisko, zgodnie z którym panele nie mogą zignorować wykładni prawa i *ratio decidendi* zawartych we wcześniejszych raportach *Appellate Body*, a w braku przeważających powodów organ orzekający rozstrzyga te same zagadnienia prawne w ten sam sposób, co we wcześniejszych decyzjach⁶⁰.

1.4. Definicja politycznej roli sądów międzynarodowych

Próbując uchwycić polityczną rolę sądów międzynarodowych – badając ten wymiar ich funkcjonowania w szczególności przez pryzmat decyzji Trybunałów Europejskich – należy przyjąć wstępnie, że „polityczna rola” sądów międzynarodowych będzie w tej pracy rozumiana jako interakcja pomiędzy funkcjonowaniem sądów międzynarodowych i otaczającym je politycznym środowiskiem, czyli, innymi słowy, jako wzajemny wpływ środowiska politycznego na funkcjonowanie sądów międzynarodowych i tychże sądów na środowisko polityczne. Termin „środowisko polityczne” wypadnie zaś odnieść do pozostałych decydentów funkcjonowania państwa czy organizacji międzynarodowej (w przypadku TSUE będą to np. państwa członkowskie oraz instytucje UE).

Realizacja politycznej roli przez sądy międzynarodowe może być – chociaż nie musi – rezultatem aktywistycznej wykładni stosowanej przez sądy międzynarodowe. A. Barak⁶¹ wskazuje, że funkcją aktywizmu sędziowskiego jest realizacja roli sędziego w demokratycznym społeczeństwie, którą jest wypełnianie luki pomiędzy prawem i realiami społecznymi oraz ochrona wartości konstytucyjnych. P. Mahoney nazwał aktywizm sędziowski i sędziowską wstrzeźliwość dwiema stronami tej samej monety⁶². Można też widzieć te dwa pojęcia jako bieguny wahadła – doktryna „marginesu uznania” (czy też szerzej: uznanie determinującej roli woli podmiotów prawa międzynarodowego w określaniu kształtu tego prawa) pcha owo wahadło ku wstrzeźliwości, jednak chęć np. ochrony praw jednostek napędza je ku aktywizmowi⁶³. B. de Gaay Fortman podaje dwie definicje aktywizmu sędziowskiego: z jednej strony aktywizm jest przezeń przedstawiany jako zamierzona próba wpływania na wyrokowanie z politycznego punktu widzenia, z drugiej zaś – jako wynik bezstronności sędziowskiej

⁵⁸ W tym względzie powołuje R. Bhala, *The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication*, *George Washington International Law Review* 2001, s. 873; zob. też R.H. Steinberg (przypis 34), s. 254.

⁵⁹ Raport *Appellate Body* z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie *US – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, pkt. 160-162.

⁶⁰ W tym względzie *Appellate Body* przywołał poglądy orzecznictwa i doktryny, w tym m.in. stwierdzenie H. Lauterpachta, że “adherence to legal decisions is imperative if the law is to fulfil one of its primary functions, i.e. the maintenance of security and stability” (H. Lauterpacht, *The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, *British Yearbook of International Law* 1931, vol. 12, s. 53).

⁶¹ A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006, s. 270 i n.

⁶² P. Mahoney, *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, *Human Rights Law Journal* 1990, vol. 11, nr 1-2, s. 57-88.

⁶³ D. G. San José, *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2005, s. 48.

opartej na poważnym wysiłku w kierunku sędziowskiej neutralności i obiektywizmu⁶⁴. Znakomitego przeglądu definicji aktywizmu sędziowskiego dostarcza praca F. Zarbiyeva⁶⁵. Podaje on – przywołując poglądy piśmiennictwa – następujące definicje pojęcia „aktywizmu sędziowskiego” (w poniższym wyliczeniu wskazano przywołanych przez F. Zarbiyeva ról⁶⁶):

a) K. D. Kmiec: unieważnienie spornie konstytucyjnych działań innych gałęzi władzy albo uchybienie precedensowi albo „legislacja” sędziowska albo odejście od zaakceptowanej metodologii interpretacyjnej albo orzekanie podporządkowane rezultatowi;

b) S. Harwood: odmowa uwzględnienia uprawnień władzy prawodawczej albo wykonawczej albo rozluźnienie wymogów zdolności sądu do rozstrzygnięcia w sprawie (ang. *justiciability*) albo naruszenie precedensu albo luźne bądź kontrowersyjne zrekonstruowanie konstytucji, ustaw bądź precedensu,

c) H. Thirlway: „formalny aktywizm sędziowski” to wykorzystanie kwestii prawnych innych, niż te, które są wystarczające dla stworzenia logicznej struktury prowadzącej do wydania rozstrzygnięcia, zaś „materialny aktywizm sędziowski” to pójdzie w kierunku czegoś zbliżonego do otwartej kreacji prawa w celu uzasadnienia decyzji, wynikające z rozczarowania stanem prawa albo czymś, co sędzia postrzega jako lukę w prawie,

d) R. Howse: tendencja do nakładania na państwa ograniczeń i przeszkód, które nie są uzasadnione wyraźnym przepisem (ang. *strict rule*) prawa międzynarodowego.

F. Zarbiyev słusznie konkluduje, że aktywizm sędziowski jest najczęściej definiowany poprzez odniesienie do pewnej dorozumianej koncepcji relacji pomiędzy władzą sądową i polityczną, tj. występuje wówczas, gdy władza sądowa orzeka w sprawach uważanych zwykle za zarezerwowane dla władzy politycznej⁶⁷. Podaje on też szereg parametrów istotnych dla aktywizmu sędziowskiego: sposób rozumienia koncepcji funkcji sądowniczej, stopień dookreśloności norm tworzących system prawnym, istnienie hierarchicznej struktury sądownictwa, racje prudencjalne dotyczące relacji pomiędzy władzą sądowniczą i polityczną, mechanizm kontroli politycznej nad sądownictwem, legitymizacyjna funkcja doktryny, charakter procedury, ograniczenia dyskursywne, czy też względy legitymizacji społecznej⁶⁸.

Jakby jednak nie opisywać aktywizmu, należy uznać, że nie jest aktywistyczne takie orzeczenie, które stosuje utrwalony standard do nowych okoliczności faktycznych, nie zmieniając samego standardu. Aktywistycznym orzeczeniem będzie więc tylko taka decyzja, która zmienia dotychczasowy standard wykładni umowy międzynarodowej, o ile standard ten mieści się w granicach konsensu interpretacyjnego, który często ma charakter dynamiczny – zmienia się w realiach społecznych, kulturowych, gospodarczych i politycznych.

⁶⁴ B. de Gaay Fortman, *'Adventurous' judgments. A comparative exploration into human rights as a moral-political force in judicial law development*, Utrecht Law Review 2006, vol. 2, s. 22.

⁶⁵ Zob. F. Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis*, Journal of International Dispute Settlement 2012, vol. 3, nr 2, s. 247-278 i szeroko powołane tam wypowiedzi dogmatyki.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 250-252.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 251.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 255-258.

2. Przejawy politycznej roli sądów międzynarodowych

2.1. Polityczne okoliczności utworzenia sądów międzynarodowych

Ujmując rzecz generalnie, jeżeli definiujemy rolę sądów międzynarodowych jako "judykacyjną" (tj. obejmującą rozwiązywanie sporów i wdrażanie prawa), to konsekwentnie też uznajemy, że intencją stron decydujących o utworzeniu sądu międzynarodowego jest utworzenie organu odpowiedzialnego za wdrażanie prawa. Wskazywałoby to na czysto „prawną” motywację bez jakichkolwiek motywacji politycznych, bezpośrednio tej intencji towarzyszących. Podstawową funkcją prawa jest wszak regulowanie stosunków społecznych⁶⁹. Jednak sądy międzynarodowe są niekiedy owocami czysto politycznego poczucia, tj. ich rola była od początku determinowana jako polityczna, polityczne też były przyczyny określenia w dany sposób ich jurysdykcji. D. D. Caron dostarcza szeregu przykładów. Jego zdaniem, Trybunał Norymberski został utworzony w celu zapobieżenia decyzji niektórych zwyciężczych w Wojnie sił o fizycznej eliminacji przywódców nazistowskich. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Byłej Jugosławii może być jego zdaniem opisany jako *quid-pro-quo*: coś, co utworzono wobec niechęci Organizacji Paktu Północnoatlantyckiego do zrobienia czegoś poważniejszego. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Ruandy może być w jego opinii opisany jako wynik "wstydu za pierwotną bezczynność" itd.⁷⁰

Czy Trybunały Europejskie zostały poczęte z motywacji politycznej i zostały politycznie predeterminowane? Jeżeli chodzi o TSUE, to można podnosić, że zamiast określić jego jurysdykcję jako obejmującą „zapewnianie poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu Traktatu⁷¹”, ojcowie-założyciele mogli po prostu zapisać w Traktach założycielskich, że Traktat o EWG i prawo przyjęte na jego podstawie są bezpośrednio skuteczne i stosowane, mając pierwszeństwo przed prawem krajowym państw członkowskich, a jednocześnie jurysdykcję Trybunału określić jako obejmującą rozstrzyganie sporów z udziałem państw i instytucji Wspólnoty. W takim przypadku nie nadaliby Trybunałowi roli sądu konstytucyjnego, który poprzez wykładnię prawa ustala jego rzeczywistą treść i skutek, a całość odpowiedzialności za zapewnianie *effet utile* prawu Unii powierziliby sądom krajowym, pozostawiając Trybunałowi tylko rolę ostatecznego nadzorca (jak to jest w przypadku ETPC). Nie zdecydowali się na to jednak, a ich motywację trudno widzieć inaczej, niż jako polityczną. Zapewne zdawali sobie sprawę już w chwili zawierania Traktatów Rzymskich i Paryskiego, że tak szerokie ujęcie jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości to doniosła decyzja polityczna, być może istotniejsza dla procesu integracji, niż wszystkie pozostałe decyzje dotyczące kształtu instytucjonalnego Wspólnot razem wzięte. W końcu, to do Trybunału będzie w tych okolicznościach należało ostatecznie zdanie w sprawie znaczenia norm wspólnotowych dla stosowania prawa w państwach członkowskich, i to Trybunał określi tempo integracji europejskiej dużo silniej, niż uczynią to zmiany Traktatów czy stanowienie prawa wtórnego – co doskonale pokazuje przykład instytucji obywatelstwa UE, które przeszło ewolucję od dosyć kadłubowej konstrukcji

⁶⁹ W ten sposób np. M. Borucka-Arctowa, *Z zagadnień społecznego oddziaływania prawa*, Kraków 1962, s. 98.

⁷⁰ D. D. Caron, *Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals*, Berkley Journal of International Law 2006, vol. 24, nr 2, s. 409.

⁷¹ Zob. art. 164 Traktatu EWG, obecnie art. 19 ust. 1 TUE.

treści tej instytucji w Traktacie do żywej i pierwszoplanowej instytucji prawa UE, którym okazała się ona w orzecznictwie Trybunału⁷².

Podobne wnioski nasuwają się, jeżeli wziąć pod uwagę mechanizm Europejskiej Konwencji i rolę, jaką w jego ramach przewidziano dla ETPC. Został on utworzony w odpowiedzi na ideę ochrony godności człowieka po potwornym doświadczeniu drugiej wojny światowej oraz z obawy przed, jak to ujął E. Bates, „opaniem przez komunistów”⁷³. Czysto polityczna motywacja wydaje się leżeć u podłoża sformułowania użytego w preambule Konwencji, nasyconej „aktywistycznym pierwiastkiem”, skoro brzmi ono (w wersji francuskiej): *le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Nie można się więc dziwić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka, któremu powierzono „rozwój” (*développement*) praw i wolności człowieka, zajmuje aktywistyczne stanowiska co do wykładni Konwencji. Zdefiniowanie jego funkcji w powyższy sposób można postrzegać jako świadomy i polityczny wybór swego rodzaju „obejścia” politycznych wątpliwości i oporów, które towarzyszyły decyzjom określającym treść materialnych postanowień Konwencji, a od sądu, któremu powierzono taką rolę, należy wręcz oczekiwać aktywistycznej wykładni i inspirowanego zmieniającymi się realiami społecznymi, kulturowymi czy politycznymi poszukiwania wciąż nowych znaczeń dla postanowień Konwencji, w granicach wyznaczanych przez ogólną regułę interpretacji traktatów oraz przez potrzebę zachowania autorytetu orzecznictwa Trybunału. Taka bowiem była wola stron Konwencji, która wyznaczyła cel umowy międzynarodowej.

2.2. Responsywność polityczna sądów międzynarodowych

W porównaniu do ich krajowych odpowiedników (sądów najwyższych i sądów konstytucyjnych), sądy międzynarodowe są w wysokim stopniu zależne od reakcji politycznych na ich orzeczenia i politycznego poparcia dla ich stanowisk, którego udzielają (albo nie) podmioty władzy politycznej, którymi w przypadku sądów międzynarodowych są przede wszystkim państwa członkowskie tworzące organizację międzynarodową albo będące stronami umowy konstytuującej sąd międzynarodowy. Nie ma żadnej zasady nakazującej uznać ich władzę – takiej jak zasada trójpodziału i równowagi władz, działająca w ramach ustroju państwa. Jurysdykcja sądów międzynarodowych nie jest oczywista i zawsze może być krytykowana i kwestionowana. Warto przypomnieć w tym miejscu decyzję Stanów Zjednoczonych o wypowiedzeniu Protokołu dodatkowego w sprawie obowiązkowego rozstrzygania sporów do Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, która była następstwem niekorzystnego dla Stanów Zjednoczonych wyroku MTS w sprawie *Avena*⁷⁴. Ta decyzja pokazuje, że brak politycznej responsywności osłabia autorytet sądu międzynarodowego. Państwo, nie godząc się

⁷² Zob. np. wyrok TSUE z 8 marca 2011 r. w sprawie nr C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano przeciwko Office national de l'emploi*.

⁷³ E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 44.

⁷⁴ Wyrok MTS z 31 marca 2004 r. w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ Reports 2004, s. 12.

z jego stanowiskiem, może po prostu zdecydować o odmowie uznania jurysdykcji i niewykonaniu tego wyroku⁷⁵.

Polityczna responsywność sądów międzynarodowych oznacza, że dokonują one jurydycznej odpowiedzi na zdarzenia polityczne, niejako „dialogując” z otaczającym je środowiskiem politycznym i reagując na zachodzące w nim zdarzenia. Wydaje się klarowne, że sądy nie funkcjonują w politycznej *splendid isolation*, lecz działają w nieustannej świadomości okoliczności politycznych, które je otaczają. Sądy krajowe, odmiennie, mogą – do pewnego stopnia – zignorować otaczające je okoliczności polityczne. W końcu, w państwie opartym na rządach prawa, nikt poważny nie podejmie próby podważania ich funkcji sądowniczej, niezależności i autorytetu. Sądy międzynarodowe natomiast stale znajdują się pod ścisłą kontrolą państw, chcących chronić swoją suwerenność czy też autonomię decyzji w pewnych istotnych dla nich sprawach, a także opinii publicznej krytykującej sądy za podejmowanie decyzji wykraczających poza granice przyznanego im mandatu orzeczniczego. Ponadto, sądy międzynarodowe muszą niekiedy „nadrabiać” brak zdolności środowiska politycznego do podjęcia potrzebnej decyzji, charakterystyczny dla mechanizmu decyzyjnego w stosunkach międzynarodowych. Trybunały Europejskie nie są w tym względzie wyjątkiem.

„Wyrok w sprawie krzyża”⁷⁶ (Drugiej Izby) ETPC dostarcza tu dobrego przykładu. Wyrok Izby poddano ogromnej krytyce w niektórych kręgach (konserwatywnych, optujących za utrzymaniem silniejszej obecności organizacji wyznaniowych w sferze publicznej)⁷⁷, spotkał się on też z entuzjastycznym przyjęciem ze strony innych środowisk (lewicowo-liberalnych, opowiadających się za rozdziałem kościołów i związków wyznaniowych od państwa). Pomimo tego, że wyrok Drugiej Izby był witany przez obie strony tego sporu jako jakiś niesłychany przełom, w istocie był on niczym innym niż wyprowadzeniem wniosków z istniejącego orzecznictwa. Trybunał stwierdził przecież jedynie, że „w państwach, w których znaczna większość społeczeństwa przynależy do jednego wyznania manifestowanie obecności symboli tej jednej religii, bez ograniczeń co do miejsca i sposobu, może wywierać nacisk na studentów (uczniów), którzy nie praktykują tej religii oraz tych, którzy należą do innej religii”. To – jakże krytykowane – stwierdzenie Trybunału było jednak tylko dokładnie przytoczonym cytatem z wcześniejszej decyzji Komisji Praw Człowieka wydanej w sprawie *Karaduman*

⁷⁵ Szerzej na temat skutków tego wyroku w Stanach Zjednoczonych C.A. Bradley, *Enforcing the Avena Decision in U.S. Courts*, Harvard Journal of Law and Public Policy 2006, vol. 30, nr 1, s. 119-125, zaś na temat decyzji o wypowiedzeniu Protokołu dodatkowego J. Quigley, *The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: reasons and consequences*, Duke Journal of International and Comparative Law 2009, vol. 19, s. 263-205.

⁷⁶ Wyrok ETPC z 3 listopada 2009 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*.

⁷⁷ Dosyć zaskakująco, to frakcja Socjalistów i Demokratów w Parlamencie Europejskim wystąpiła 15 grudnia 2009 r. z wnioskiem o przyjęcie rezolucji – będącej reakcją na wyrok Izby ETPC w sprawie *Lautsi* – wzywającej do poszanowania zasady subsydiarności przez organizacje międzynarodowe. Wyrok był także krytykowany m.in. przez grecki Kościół prawosławny (zob.: <http://www.christiantoday.com/article/greek.orthodox.church.opposes.eu.crucifix.ban/24623.htm>) i przez Episkopat polskiego Kościoła katolickiego, jak również przez niektóre rządy (np. litewski: <http://balticreports.com/2010/01/13/when-a-cross-isnt-a-cross/>) oraz parlamenty krajowe (zob. np. uchwałę izby wyższej polskiego Parlamentu z 18 grudnia 2010 r.). Włoski minister obrony, Ignazio La Russa, miał ponoć powiedzieć w programie telewizyjnym: „Tak czy inaczej, nie pozbędziemy się krzyża! Niech zdychają! Krzyże zostaną w klasach szkolnych, we wszystkich miejscach publicznych! Niech zdychają! Niech zdychają! Oni i te wszystkie sztuczne organizacje międzynarodowe, znaczące tyle, co nic!”. Aby zapoznać się z szerszym opisem reakcji na wyrok Izby w sprawie *Lautsi* – zob. G. Puppinc, *The Case of Lautsi v. Italy: A Synthesis*, Brigham Young University Law Review 2012, s. 886-888.

*v. Turkey*⁷⁸. Trudno też z nim zresztą polemizować, bo przecież jest rzeczą jasną, że rozprze-strzenianie symboliki manifestującej poparcie dla określonego produktu, usługi czy idei jest zwykłym zabiegiem „marketingowym”, który ma służyć podkreśleniu znaczenia oferowanego dobra czy idei czy też ich pozytywnych cech, na tej właśnie zasadzie działa przecież reklama, w tym również reklama polityczna. Co więcej, Trybunał już wcześniej uznał w sprawie *Dahlab*, że wprowadzony przez państwo zakaz noszenia muzułmańskich nakryć głowy kobiet, skierowany do nauczycieli szkół, nie jest niezgodny z Konwencją⁷⁹. Pomiedzy tymi dwiema sprawami występują pewne istotne różnice (w sprawie *Lautsi* chodziło o nakazanie przez państwo zapewnienia obecności symboli religijnych, w sprawie *Dahlab* zaś odwrotnie – o zakaz ich umieszczania w przestrzeni publicznej), jednak jest też pewne podobieństwo, polegające na tym, że w obu przypadkach chodziło o obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej, tyle że w sprawie włoskiej ją nakazano, zaś w sprawie szwajcarskiej jej zakazano. Skoro zatem w sprawie szwajcarskiej uznano, że Konwencja nie została naruszona poprzez taki zakaz (wypływający z idei świeckości państwa i wolności przestrzeni publicznej od wpływów religijnych, które powinny ograniczać się do sfery prywatnej), to trudno wytłumaczalne jest stanowisko zajęte w sprawie włoskiej, w której ostatecznie Wielka Izba uznała, że żądanie przez skarżących realizacji standardu wynikającego ze sprawy *Dahlab* (wolność przestrzeni publicznej od manifestacji religijnej) jest pozbawione podstaw.

Dlaczego zatem Wielka Izba zdecydowała się na ten krok wstecz⁸⁰ i powołała doktrynę marginesu swobody oceny⁸¹ (przyznajmy, będącą też *clou* argumentacji w sprawie szwajcarskiej)? Niektórzy komentatorzy próbowali eksponować zasadnicze ich zdaniem różnice pomiędzy wyrokiem w sprawie *Dahlab* i wyrokiem Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Lautsi*. To podejście nie wydaje się jednak przekonujące w stopniu pozwalającym na uznanie pierwszoplanowej roli zagadnień prawnych i wykluczenie zasadniczego wpływu responsywności politycznej na treść wyroku w Wielkiej Izby „sprawie krzyża”. Trudno bowiem uznać za przekonujący np. argument, że nikt nie był zmuszany do wyznawania określonej religii w „sprawie krzyża” i to zdecydowało o stanowisku Trybunału, skoro dokładnie tę samą argumentację można zastosować w sprawie *Dahlab* – również w tym bowiem przypadku samo przyodzianie określonego stroju, będącego manifestacją wyznaniową, nie prowadzi samoistnie do zmuszenia kogokolwiek do wyznawania określonej religii⁸². Nie ulega natomiast wątpliwości, że to margines swobody oceny był kluczowy dla obu porównywanych rozstrzygnięć. W granicach tego marginesu znalazło się zakazanie noszenia muzułmańskiej symboliki religijnej, a poza te granice wypadło uznanie takiego zakazu (albo tolerancji wobec ekspozycji symboli religijnych) za niezgodny z Konwencją. Tym niemniej tym, co, jak się wydaje, zadecydowało o wycofaniu się przez Wielką Izbę ze stanowiska, które zajęła w sprawie Izba, nie było samo wkroczenie w sferę marginesu swobody oceny jako takie, lecz polityczne reakcje, które wywołała w Europie decyzja Izby. Jeśli przez chwilę wyobrazimy sobie, że europejska opinia publiczna, kręgi opiniotwórcze i świat polityczny pozostałyby nieme w obliczu wyroku Izby

⁷⁸ Decyzja Komisji Praw Człowieka z 3 maja 1993 r. w sprawie nr 16278/90, *Karaduman v. Turkey*, s. 108 w pkt. 4. Decyzję skomentowano między innymi w I. Pardo, *Morals of Legitimacy. Between Agency and System*, *New Directions in Anthropology* 2000, vol. 12, s. 215-220.

⁷⁹ Wyrok ETPC z 15 lutego 2001 r. w sprawie nr 42393/98, *Dahlab v. Switzerland*.

⁸⁰ Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 18 marca 2011 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 70.

⁸² Zob. G. Puppink (przypis 77), s. 907.

w „sprawie krzyża”, tak jak to było w przypadku – z prawnego punktu widzenia – dużo bardziej kontrowersyjnego wyroku w sprawie *Hirst przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁸³ – czy rzeczywiście można byłoby wówczas oczekiwać zanegowania stanowiska Izby przez Wielką Izbę?

Także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dostarcza niekiedy przykładów politycznej responsywności, nie bez powodu będąc określanym jako „strategiczny gracz, który jest wrażliwy na preferencje rządów państw członkowskich”⁸⁴. K. J. Alter uważa, że Trybunał Sprawiedliwości bierze pod uwagę społeczne poparcie dla prawa, które stosuje i niekiedy wybiera minimalistyczną rolę, interpretując prawo zwięźajaco, a wręcz czasami nielogicznie, kiedy owo poparcie jest nikłe⁸⁵. Przykładem takiej „minimalistycznej” wykładni, skrupulatnie odczytującej zachowawcze podejście większości państw członkowskich, może być wyrok TS w sprawie *D. i Szwecja przeciwko Radzie*⁸⁶, w którym Trybunał nie podzielił argumentacji apelujących D. i Szwecji (wspieranych przez Zjednoczone Królestwo i Danię), zgodnie z którą terminy „urzędnik pozostający w związku małżeńskim” i „małżonek” użyte w rozporządzeniu 31 EWG, 11 EURATOM regulującym status urzędników Wspólnoty powinny być interpretowane zgodnie ze znaczeniem tych wyrażen nadanych prawem krajowym odpowiednim dla obywatelstwa urzędnika, a to z powodu wyłączności kompetencyjnej państw członkowskich w zakresie normowania materialnego prawa rodzinnego. Trybunał wolał oprzeć się w tym względzie na dominującym poglądzie panującym w państwach członkowskich (pkt 49 wyroku), zgodnie z którym status osób pozostających w związkach z osobami tej samej płci nie był (wówczas) uznawany za równy statusowi osób pozostających w związkach z osobami przeciwnej płci. Co interesujące, pogląd ten najwyraźniej ewoluował niezwykle dynamicznie, skoro już rozporządzeniem 723/2004 z marca 2004 r. dodano art. 1d rozporządzenia 31 EWG, 11 EURATOM, zrównując co do zasady (przy spełnieniu wskazanych w rozporządzeniu warunków) status „związków partnerskich nie-małżeńskich” z małżeństwami na gruncie powołanego rozporządzenia. Trybunał, jak się wydaje, wolał w tej sprawie zachować powściągliwość i poczekać na rozstrzygnięcie normodawcy, nawet kosztem, być może, dość wątpliwego stanowiska w sprawie zakresu kompetencji UE⁸⁷.

Odważniejszą wykładnię – również wydającą się być wyrazem politycznej responsywności, tym razem w postaci odpowiedzi na pewien niedostatek politycznej decyzji państw członkowskich – zastosował natomiast Trybunał w sprawie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Karta, będąca polityczną deklaracją przyjętą przez państwa członkowskie w dniu 7 grudnia 2000 r., była przywoływana najpierw w orzeczeniach Sądu Pierwszej Instancji⁸⁸:

⁸³ Wyrok ETPC z 30 marca 2004 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. UK (no. 2)*, uznający naruszenie art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC i wyrok (Wielkiej Izby) ETPC w tej samej sprawie z 6 października 2005 r., również stwierdzający naruszenie tego samego przepisu.

⁸⁴ G. Garrett, R.D. Kelemen, H. Schulz, *The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union*, International Organization 2008, vol. 52, nr 1, s. 150.

⁸⁵ K. J. Alter, *The European Court's Political Power Across Time and Space*, Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Paper 2009, nr 175, s. 1.

⁸⁶ Wyrok TSUE z 30 maja 2001 r. w sprawach połączonych nr C-122/99 P i C-125/99 P, *D. i Szwecja przeciwko Radzie*.

⁸⁷ Zob. krótkie omówienie stanowiska Trybunału w tej sprawie K. Lenaerts, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, Fordham International Law Journal 2011, vol. 33, nr 5, s. 1357-1358.

⁸⁸ Zob. wyroki Sądu Pierwszej Instancji powołane szeroko w przypisie nr 5 na s. 49-51 w: F. Jaśiński, *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie*

w orzeczeniu z 11 stycznia 2002 r. w sprawie *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava et al. przeciwko Komisji* i wyroku z 30 stycznia 2002 r. w sprawie T-54/09 *max.mobil przeciwko Komisji*. Trybunał Sprawiedliwości zdecydował się powołać Kartę po raz pierwszy dopiero w wyroku z 27 czerwca 2006 r.⁸⁹ w sprawie C-540/03 *Parlament przeciwko Radzie*⁹⁰. Dosyć oczywistą, nasuwającą się konotacją, jest ta odnosząca się do porażki procesu ratyfikacji Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, będącej rezultatem wcześniejszych o rok, negatywnych rezultatów referendum dotyczących ratyfikacji tego Traktatu we Francji i Niderlandach. Ponieważ stało się jasnym, że Karta nie stanie się prawnie wiążąca poprzez inkorporowanie jej do Traktatów założycielskich, zaś przywódcy polityczni państw członkowskich zdecydowali, że przed podjęciem politycznych decyzji o przyszłości Unii należy najpierw przeprowadzić „okres refleksji”, bo ówczesna sytuacja polityczna nie pozwalała na podjęcie rychłej decyzji o dalszym kierunku reformy konstytucyjnej Unii, decyzję Trybunału o powołaniu Karty jako „źródła inspiracji” w definiowaniu treści praw podstawowych chronionych w porządku prawnym Unii można widzieć jako swego rodzaju „przyspieszenie” i wykonanie kroku w kierunku utworzenia, na drodze orzeczniczej, „Unii wartości”. Nie sposób nie zauważyć, że właśnie takim krokiem, niestety nieskutecznym, był Traktat Konstytucyjny. Co interesujące, dużo wcześniej odwołał się do Karty ETPC⁹¹. Być może ten Trybunał nie musiał w sprawie Karty uwzględnić pewnego rachunku politycznego, który mógł wpłynąć na wykładnię zastosowaną przez Trybunał Sprawiedliwości.

w praktyce, (w:) J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008. Zob. też skrupulatne studium wczesnej praktyki powoływania Karty Praw Podstawowych UE w: D. Kornobis-Romanowska, *Charter of Fundamental Rights in the Legal and Political Practice of EU Institutions*, Polish Yearbook of International Law 2002-2003, vol. 26, s. 167-172. Zob. też, jeśli chodzi o ewolucję sposobu powoływania Karty Praw Podstawowych UE, w: G. Di Federico (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011.

⁸⁹ Jakkolwiek, prezes Trybunału powołał się na Kartę Praw Podstawowych UE w postanowieniu z 18 października 2002 r. w sprawie nr C-232/02P(R) *Commission v. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*.

⁹⁰ Karta była także powoływana przez Rzeczników Generalnych Trybunału Sprawiedliwości – zob. przykłady podane w: Ch. Calliess, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, (w:) D. Ehlers (red.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin 2007, s. 534 (w szczególności przypis nr 118) albo: N. Colneric, *Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities*, s. 6-14 (źródło: <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/working2colneric.pdf> dostęp 31.08.2014 r.).

⁹¹ Zob. szerzej na temat sposobu powoływania Karty przez m.in. ETPC i TSUE M. Górski, *Skutek Karty praw podstawowych Unii Europejskiej po wejściu w życie traktatu z Lizbony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) N. Półtorak, S. Dudzik, *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 319-340. Zob. też na temat skutku Karty A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w Traktacie lizbońskim oraz Protokołu polsko-brytyjskiego*, Przegląd Sejmowy 2008, nr 2(85), s. 25, W. Czaplinski, *Kilka uwag o możliwości wycofania się przez Polskę z protokołu polsko-brytyjskiego*, Studia Europejskie 2012, nr 1, s. 83-95, a także wyrok TSUE z 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych nr C-411/10 i C-493/10 *N.S. przeciwko Secretary of State for the Home Department i M.E. et al. v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Zob. też późniejsze: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 26 lutego 2013 r. w sprawie nr C-617/10 *Åkerberg Fransson*, pkt 19; postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z 28 listopada 2013 r. w sprawie nr C-258/13 *Sociedade Agrícola e mobiliária da Quinta de S. Paio Lda*, pkt 19; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 27 marca 2014 r. w sprawie nr C-265/13 *Emiliano Torralbo Marcos*, pkt 29.

2.3. Polityczna motywacja sądów międzynarodowych

O ile polityczna responsywność sądów międzynarodowych polega na reagowaniu na zdarzenia w otaczającym sądy środowisku politycznym, o tyle ich polityczna motywacja nie wymaga dla swej manifestacji zewnętrznych bodźców. Polega ona na tym, że sądy międzynarodowe niekiedy kierują się politycznymi względami w rozstrzygnięciach. Jak słusznie zauważył bowiem Maveety, "sądy są sądami, ale też są one instytucjami politycznymi"⁹². Nie sposób się niekiedy oprzeć wrażeniu, że jedynie motywacja polityczna sądów decyduje o określonej treści rozstrzygnięcia.

W sprawie *Janowiec*⁹³ Izba zdecydowała się odstąpić od stwierdzenia naruszenia art. 2 Konwencji w wymiarze proceduralnym (z uwagi na brak spełnienia warunków tzw. *genuine connection test*), zaś niejako „w zamian” stwierdziła naruszenie art. 38 Konwencji (bez powiązania z innym przepisem Konwencji, w szczególności art. 2 EKPC), dotyczącego obowiązków spoczywających na stronie EKPC w zakresie lojalnej współpracy z Trybunałem. Powstaje pytanie, dlaczego nie zdecydowano się na zastosowanie doktryny ciężaru dowodowego⁹⁴, czy też nie zdecydowano się na „zbadanie całości zgromadzonego materiału dowodowego, pochodzącego od *Komisji* czy stron albo z innych źródeł, a gdzie to konieczne, również materiału uzyskanego *proprio motu*”⁹⁵? Komentując wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Janowiec*⁹⁶, wskazuje się np. na to, że „ETPC, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 38 EKPC, dostrzega brak chęci wyjaśnienia zbrodni poprzedniego reżimu. Widzi też brak działań po stronie rosyjskiej w obliczu tak poważnej zbrodni. Europejski Trybunał Praw Człowieka dostrzega więc w tym zakresie poważne uchybienia proceduralne, które wystąpiły po dniu 5 maja 1998 r. Podejmując jednak rozważania dotyczące zarzutu naruszenia art. 2 EKPC, ETPC wydaje się nie dostrzegać tych samych argumentów, które mogłyby przyczynić się do stwierdzenia naruszenia art. 2 EKPC w jego aspekcie proceduralnym”⁹⁷. Na tę samą kwestię zwrócił uwagę M.A. Nowicki, akcentując jedną z opinii odrębnych do wyroku Wielkiej Izby i wskazując, że ten wyrok to „pierwszy przypadek w historii Trybunału, kiedy zostało stwierdzone naruszenie art. 38 w izolacji”⁹⁸. Dotychczas wszystkie sprawy, w których Trybunał stwierdził, iż państwo nie wypełniło swoich obowiązków na podstawie art. 38, dotyczyły również innego pra-

⁹² N. L. Maveety, *The Pioneers of Judicial Behaviour*, Michigan 2003, s. 390.

⁹³ Wyrok ETPC z 16 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 55508/07 i 29520/09, *Janowiec and others v. Russia*.

⁹⁴ Zob. np. wyroki ETPC z 18 października 2011 r. w sprawie nr 38047/04, *Shuvalov v. Russia*, z 8 listopada 2011 r. w sprawie nr 22485/05, *Filatov v. Russia*, z 14 listopada 2008 r. w sprawie nr 21586/02, *Akhmadov v. Russia*, z 12 marca 2009 r. w sprawach nr 27238/03 i nr 35078/04, *Dzhambekova et al. v. Russia*, z 9 kwietnia 2009 r. w sprawie nr 1586/05, *Dzhabrailova v. Russia*, z 9 czerwca 1998 r. w sprawie nr 22496/93 *Tekin v. Turkey*.

⁹⁵ Wyrok ETPC z 18 stycznia 1978 r. w sprawie nr 5310/71, *Ireland v. the United Kingdom*, pkt 160. Podobnie w wyroku z 13 maja 1980 r. w sprawie nr 6694/74, *Artico v. Italy*, pkt 30.

⁹⁶ Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 21 października 2013 r. w sprawie nr 55508/07 i 29520/09, *Janowiec and others v. Russia*.

⁹⁷ J. Czepek, *Glosa do wyroku Wielkiej Izby ETPC z 21 października 2013 r. w sprawie Janowiec i in., skargi nr 55508/07 i 29520/09*, Lex/el., 2013.

⁹⁸ M. A. Nowicki, *Janowiec i inni przeciwko Rosji – wyrok ETPC z dnia 21 października 2013 r., skargi nr 55508/07 i 29520/09*, (w:) M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2013*, LEX/el. 2014.

wa Konwencji (głównie art. 2 lub 3), które Trybunał uznał za naruszone. Z jednej strony, wyrok w tej sprawie podkreśla autonomiczny charakter obowiązku współpracy, z drugiej - rodzi pewne wątpliwości w odniesieniu do ustaleń na tle art. 2 i 3. W innych przypadkach, gdy odmowa przedstawienia przez państwo informacji prowadziła do stwierdzenia naruszenia art. 38, wiązało się to wyciągnięciem przez Trybunał wniosków co do zasadności zarzutów skarżących na tle innych powołanych przez nich artykułów⁹⁹. Być może przyczyną takiego rozstrzygnięcia było określone stanowisko polityczne, próbujące wyważyć argumenty prawne (przemawiające za uznaniem żądań skargi, przynajmniej w zakresie art. 2 EKPC) i argumenty natury politycznej, związane z obawą dotyczącą możliwej rosyjskiej reakcji na wyrok stwierdzający naruszenie art. 2 Konwencji?

S. Dothan otwarcie stwierdza, że wobec państw o wysokiej reputacji, tj. takich, które odpowiedzialnie traktują zobowiązania wynikające z Konwencji, rzadziej dopuszczając się naruszeń i bardziej zdecydowanie eliminując ich skutki i przyczyny, ETPC stara się unikać wydawania wyroków, które niosą za sobą znaczne koszty wykonania (przez koszty rozumiejąc nie tylko koszt w znaczeniu ekonomicznym, ale również politycznym)¹⁰⁰, jednak z oczywistych względów, choćby tylko dotyczących zasłużenie wysokiej pozycji Rosji wśród państw, co do których Trybunał stwierdzał naruszenie Konwencji, nie sposób odnieść do tego państwa uwagi S. Dothana. Podobnie w przypadku Trybunału Sprawiedliwości: czym, jeśli nie motywowaną politycznie decyzją, była pierwsza sądowa proklamacja „nieodłącznego charakteru” praw fundamentalnych we wspólnotowym porządku prawnym? Pierwotnie Trybunał Sprawiedliwości stwarzał wrażenie braku wrażliwości na problematykę ochrony praw człowieka¹⁰¹. Dopiero kilka lat po zdekodowaniu z treści Traktatu zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, w wyrokach w sprawach *Stauder*¹⁰² i *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰³ uznał, że prawa podstawowe są „wpisane w zasady ogólne prawa wspólnotowego”, a ich treść jest determinowana w pierwszym rzędzie „tradycjami konstytucyjnymi wspólnymi dla państw członkowskich”. Po proklamacji zasady pierwszeństwa, w Komisji Europejskiej i Parlamencie toczyły się debaty dotyczące ryzyka, jakie ta doktryna kreuje dla ochrony praw podstawowych w państwach członkowskich¹⁰⁴. Wydaje się, że można stawiać tezę, iż motywacja stojąca za internalizacją praw fundamentalnych w porządku prawnym Wspólnoty, a zatem odpowiedzią na tocząca się debatę dotyczącą wpływu zasady pierwszeństwa na ochronę praw człowieka, była więc polityczna. W piśmiennictwie wyjaśnia się, że Trybunał sięgnął po prawa fundamentalne „z konieczności pojęciowej”, bo skonfrontowany z próbą podważenia ważności prawa wspólnotowego wskutek jego niezgodności z konstytucyjnymi prawami państw członkowskich zdecydował się wykazać, że system prawa wspólnotowego ma odpowiadające wspomnianym prawom konstytucyjnym kryteria oceny ważności własnych aktów normatyw-

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ S. Dothan, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, University of Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper 2011, vol. 12, nr 1, s. 137.

¹⁰¹ W ten sposób: Ch. Walter, *History and Development of European Fundamental Rights and Freedoms*, (w:) D. Ehlers, *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin 2007, s. 11. Zob. też powołane tam, wczesne orzeczenia TSUE, w których podnoszono problematykę naruszeń praw fundamentalnych, natomiast Trybunał pozostawiał te zagadnienia bez odniesienia.

¹⁰² Wyrok TSUE z 12 listopada 1969 r. w sprawie nr 26/69 *Erich Stauder v. City of Ulm*.

¹⁰³ Wyrok TSUE z 17 grudnia 1970 r. w sprawie nr 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁰⁴ P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oksford 2011, s. 364.

nych¹⁰⁵. Wyjaśnia się także, iż „ponadnarodowy system prawny, który wchodzi z porządkami prawnymi państw członkowskich we wzajemne relacje tak bliskie, jak to jest w przypadku Traktatu WE, wymaga autonomicznego mechanizmu ochrony praw podstawowych”¹⁰⁶. Można podjąć próbę sformułowania następującego wyjaśnienia dla wprowadzenia zasady ochrony praw podstawowych do systemu prawa wspólnotowego: gdyby Trybunał nie zdecydował się na dostrzeżenie w systemie prawa wspólnotowego zasady ochrony praw podstawowych i nie zdecydował się uznać, że jego jurysdykcja obejmuje kontrolę zgodności wtórnego prawa wspólnotowego z tą zasadą, zaryzykowałby efektywność samej zasady pierwszeństwa. Sądy konstytucyjne państw członkowskich, mając do wyboru podważenie zasady pierwszeństwa albo rezygnację z zapewnienia efektywności prawom podstawowym w przypadku zastosowania prawa wspólnotowego, wybrałyby to pierwsze rozwiązanie, bowiem *amicus Europam, sed maioris amici iura fundamentalia*. Inny wybór oznaczałby bowiem rezygnację przez krajowe sądy konstytucyjne z ich zasadniczej roli, jaką jest ochrona praw człowieka. Motywacja Trybunału była więc w tym sensie polityczna. W sposób zamierzony albo nie, Trybunał Sprawiedliwości sam stał się elementem sądownictwa konstytucyjnego we Wspólnocie, dzieląc swoją funkcję z sądami konstytucyjnymi państw członkowskich. Aktywizm Trybunału nakierowany był w tym przypadku na ochronę własnej funkcji sądu „ostatniego słowa” w sprawie interpretacji i ważności prawa wspólnotowego.

2.4. Polityczna motywacja sędziów sądów międzynarodowych

Poza polityczną motywacją sądów międzynarodowych, również poszczególni sędziowie zdają ulegać politycznym motywacjom. Wydaje się zresztą, że nie można od nich oczekiwać, aby jej nie ulegali. Voeten wskazuje, że większość strategicznych analiz dotyczących mechanizmów podejmowania decyzji przez sędziów zakłada, że nie są oni wolni od politycznej motywacji w orzekaniu¹⁰⁷.

W przypadku Trybunałów Europejskich, polityczna motywacja wydaje się nieco bardziej widoczna w przypadku sędziów ETPC, niż TSUE. Dla przykładu, odkrytym na nowo słowem strasburskiego języka wydaje się ostatnio słowo „subsidiarność”¹⁰⁸. Chociaż obecne od dekad w orzecznictwie Trybunału¹⁰⁹, w ostatnich latach jest wypowiedziane ze zwiększoną częstotliwością. Przed rokiem 2000 Trybunał strasburski użył słowa „subsidiarność” 7 razy, zaś

¹⁰⁵ M. Dybowski, *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007, s. 10.

¹⁰⁶ Ch. Walter (przypis 101), s. 23.

¹⁰⁷ E. Voeten, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, *American Political Science Review*, 2008, vol. 102, nr 4, s. 422.

¹⁰⁸ Jej znaczenie uwypuklono w deklaracji Konferencji Interlaken z 2010 r. i zaproponowano odniesienie do tej zasady – obok doktryny „marginesu swobody oceny” – we wstępie do Konwencji (zob. protokół nr 15 do EKPC).

¹⁰⁹ Zob. np. po raz pierwszy w wyroku z 7 grudnia 1976 r. w sprawie nr 5493/72, *Handyside v. UK*, pkt 48: „the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights”. Zob. też wyrok z 15 lipca 1982 r. w sprawie nr 8130/78, *Eckle v. Germany*, pkt 66: „to duplicate the domestic process with proceedings before the Commission and the Court would appear hardly compatible with the subsidiary character of the machinery of protection established by the Convention. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines (...). This subsidiary character is all the more pronounced in the case of States which have incorporated the Convention into their domestic legal order and which treat the rules of the Convention as directly applicable”.

przymiotnika „subsydiarny” – 52 razy (wliczając to przypadki, kiedy przymiotnik ten nie był użyty w celu opisanego charakteru prawnego systemu Konwencji¹¹⁰). Poczynając od 2000 roku, słowo „subsydiarność” zostało natomiast użyte w 208 przypadkach¹¹¹. Powód, dla którego tak często przywołuje się ostatnio zasadę subsydiarności – przecież obecną w systemie Konwencji od początku, za sprawą art. 1 EKPC, który na państwa będące stronami Konwencji nakłada zobowiązanie do zapewnienia efektywnego przestrzegania ochrony praw i wolności chronionych Konwencją – może mieć polityczną proveniencję. Przykładu może dostarczyć opinia sędziego Wojtyczka w rumuńskiej sprawie *Sindicatul Păstorul cel Bun*¹¹², dotyczącej odmowy prawa kleru ortodoksyjnego do tworzenia związków zawodowych. Polski sędzia zdecydował się złożyć opinię, nie zgadzając się z konstatacją Trybunału, że członkowie kleru ortodoksyjnego wypełniają swoje funkcje w ramach stosunku pracy, znajdującego się w zakresie zastosowania art. 11 Konwencji. Składając swoją opinię sędzia podkreślił szczególny, duchowy charakter służby pełnionej przez kler, jednak zupełnie nie odniósł się do istotnych elementów stosunku łączącego kler ortodoksyjny z „pracodawcą”, jak choćby objęcie obowiązkiem podatkowym, składkami na ubezpieczenie społeczne, czy też prawem do zasiłku dla bezrobotnych, a także nie wyjaśnił, dlaczego elementy wskazane przez Wielką Izbę w pkt. 143 wyroku nie są dlań przekonujące. Trudno oprzeć się wrażeniu, że argumentacja użyta w opinii sędziego K. Wojtyczka nie tyle odnosiła się do kleru ortodoksyjnego w Rumunii, ile miała na celu obronę szerokiego marginesu swobody oceny w zastosowaniu art. 11 Konwencji do relacji między państwem i kościołami oraz związkami wyznaniowymi. Wskazuje na to rozpoczęcie sędziowskiego wywodu od zaakcentowania znaczenia zasady subsydiarności, która w istocie nie wydawała się mieć w tej sprawie istotnego znaczenia. Nie tyle bowiem chodziło w tej sprawie o subsydiarność, lecz o kręgosłup relacji łączącej kler z kościołem, w ramach którego pełni on swą posługę. Słuszne uwagi sędziego Wojtyczka, dotyczące nieekonomicznej (przynajmniej w teorii) przyczyny nawiązania stosunku łączącego kler z kościołem, która odróżnia ów stosunek od stosunku pracy, zostały niejako przytłoczone przez niepotrzebne przywołanie zasady subsydiarności.

W podobny sposób, jak „subsydiarność” używany jest w opiniach odrębnych do wyroków ETPC – chociaż znacznie rzadziej – zwrot „aktywizm sędziowski”. Zwrot ten nigdy nie został użyty w motywach wyroku, pojawił się natomiast kilka razy w opiniach odrębnych sędziów.

¹¹⁰ Np. wyroki z 21 lutego 1975 r. w sprawie nr 4451/70, *Golder v. UK*, czy z 27 marca 1962 r. w sprawie nr 214/56, *de Becker v. Belgium*.

¹¹¹ Zjawisko powoływania w uzasadnieniu argumentacji odnoszącej się do zasady subsydiarności przybrało takie rozmiary, że niektórzy „tradycyjni” sędziowie (słusznie – jak się wydaje) zaczęli wyrażać obawę, czy zasada ta nie jest nadużywana – zob. np. wspólna opinia odrębna, którą sporządzili sędziowie Ch. Rozakis, S. E. Jebens i D. Spielmann w sprawie *Kharin v. Russia* (wyrok ETPC z 3 lutego 2011 r., skarga nr 37345/03), w której Autorzy zawarli m.in. taki fragment: „ten wyrok otwiera drzwi do elastyczniejszego podejścia w zakresie wymagań odnoszących się do uzasadnienia pozbawienia wolności i zmienia w ten sposób ducha zasady subsydiarności (*this judgment opens the door to a relaxed approach in so far as justification for detention is concerned and reverses the spirit of subsidiarity*). Podzielając pogląd autorów opinii odrębnej, należy podkreślić, że zasada subsydiarności funkcjonująca w systemie Konwencji od jej zarania (a jedynie – jak dotychczas – nie nazwana *expressis verbis* w jej tekście, lecz wynikająca przede wszystkim z art. 1 Konwencji) nie służy rozluźnieniu mechanizmu ochrony praw podstawowych i kontrolnej funkcji ETPC, lecz wzmocnieniu tego mechanizmu na poziomie krajowym, tak, aby rola Trybunału była w tym mechanizmie istotnie subsydiarna.

¹¹² Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 9 lipca 2013 r. w sprawie nr 2330/09, *Sindicatul Păstorul cel Bun v. Romania*.

Co interesujące, zwrot „aktywizm sędziowski” był używany zarówno w znaczeniu pejoratywnym (przez uważanego za konserwatywnego rosyjskiego sędziego Kovlera¹¹³, który „oskarżył” Trybunał o aktywizm w sprawach *Catan et al.*¹¹⁴ oraz *Şerife Yiğit*¹¹⁵), jak i pozytywnym (przez progresywnego w ochronie praw człowieka sędziego Bonello¹¹⁶, który nazwał „godnym podziwu” aktywizm sędziowski w interpretacji Konwencji¹¹⁷).

Sędziowie strasburscy manifestują swoje poparcie albo opór wobec aktywistycznej wykładni Konwencji w opiniach odrębnych, z których nie mogą korzystać sędziowie luksemburcy. Czyni to podziały wewnątrz Trybunału bardziej czytelnymi, a – aktywistyczny albo wstrzeźliwy – charakter wyroku bardziej zauważalnym. F.J. Bruinsma, który przeanalizował statystykę opinii odrębnych w Wielkiej Izbie ETPC w latach 1998-2006 zauważył, że „a) sędziowie wybrani z nowych państw członkowskich Europy Środkowej i Wschodniej sporządzają znacząco mniej opinii odrębnych niż ci ze „starych” państw członkowskich; b) stronniczość narodowa, rozumiana jako zajęcie przez sędziego bardziej wyrozumiałego stanowiska w przypadku, w którym pozwany jest ich państwo członkowskie, w istocie ma miejsce, przy czym jest bardziej zauważalna w przypadku sędziów wskazanych *ad hoc*, niż w przypadku sędziów wybranych do Trybunału; c) spojrzenie sędziego-państwowca zdaje się dominować w stanowiskach większości sędziów wyrażonych w wyrokach, podczas gdy aktywizm nakierowany na silniejszą ochronę praw człowieka znajduje ujście w opiniach odrębnych”¹¹⁸.

Analizując treść opinii odrębnych dołączonych do wyroków Wielkiej Izby ETPC, można zgodzić się z wynikiem badań F. J. Bruinsmy do pewnego stopnia (co wynika z odmienności podejścia przyjętego w obu badaniach). Badania przeprowadzone w tej pracy zostały zogniskowane na relacji pomiędzy wyrokiem i opinią odrębną, które ujawnia „kierunek” opinii odrębnej: czy krytykuje ona wyrok za to, że prowadzi do zbyt silnej ochrony praw i wolności podstawowych (innymi słowy: wyrok pozostawia zbyt wąski margines swobody oceny przysługujący Wysokim Umawiającym się Stronom, czyli jest zbyt aktywistyczny w rozwijaniu gwarancji ochronnych przyznanych przez Konwencję), czy też za to, że dany wyrok jest nadmiernie wstrzeźliwy, pozostawiając państwu członkowskiemu zbyt szeroki margines swobody oceny. Stosując taką kategoryzację i analizując według niej relacje pomiędzy wyrokiem i opinią odrębną, uzyskuje się następujący diagram, obrazujący jak w poszczególnych

¹¹³ Chociaż, dla pełnej skrupulatności, należy wspomnieć sformułowane przez sędziego Bonello oskarżenie Trybunału o „aktywizm mający na celu ograniczenie możliwości korzystania z gwarancji ochrony praw człowieka” w opinii indywidualnej do wyroku z 4 kwietnia 2000 r. w sprawie nr 26629/95, *Witold Litwa v. Poland*. Sędzia Kovler, chociaż uważany za demonstrującego wstrzeźliwość sędziowską, przedstawił jednak 9 „wstrzeźliwych” opinii odrębnych i 12 „aktywistycznych” w kierunku mocniejszej ochrony praw i wolności podstawowych.

¹¹⁴ Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 19 października 2012 r. w sprawie nr 43370/04, nr 8252/05 i nr 18454/06, *Catan and others v. Moldova and Russia*.

¹¹⁵ Opinia indywidualna sędziego Kovlera do wyroku (Wielkiej Izby) ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie nr 3976/05, *Şerife Yiğit v. Turkey*.

¹¹⁶ Sędzia Bonello przedstawił 25 opinii odrębnych w Wielkiej Izbie, krytykując Trybunał za nadmierną tolerancję wobec podnoszonych naruszeń praw podstawowych przez Wysokie Umawiające się Strony i tylko 5 opinii odrębnych koncentrujących się na ochronie marginesu swobody oceny.

¹¹⁷ Zob. częściowo odrębna opinia sędziego Bonello do wyroku ETPC z 13 czerwca 2002 r. w sprawie nr 38361/97, *Anguelova v. Bulgaria*, pkt 17.

¹¹⁸ F. J. Bruinsma, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, *Ancilla Iuris* 2008, nr 32, s. 32-43.

latach w ciągu 20 lat funkcjonowania Wielkiej Izby Trybunału jej wyroki były krytykowane w opiniach odrębnych¹¹⁹:

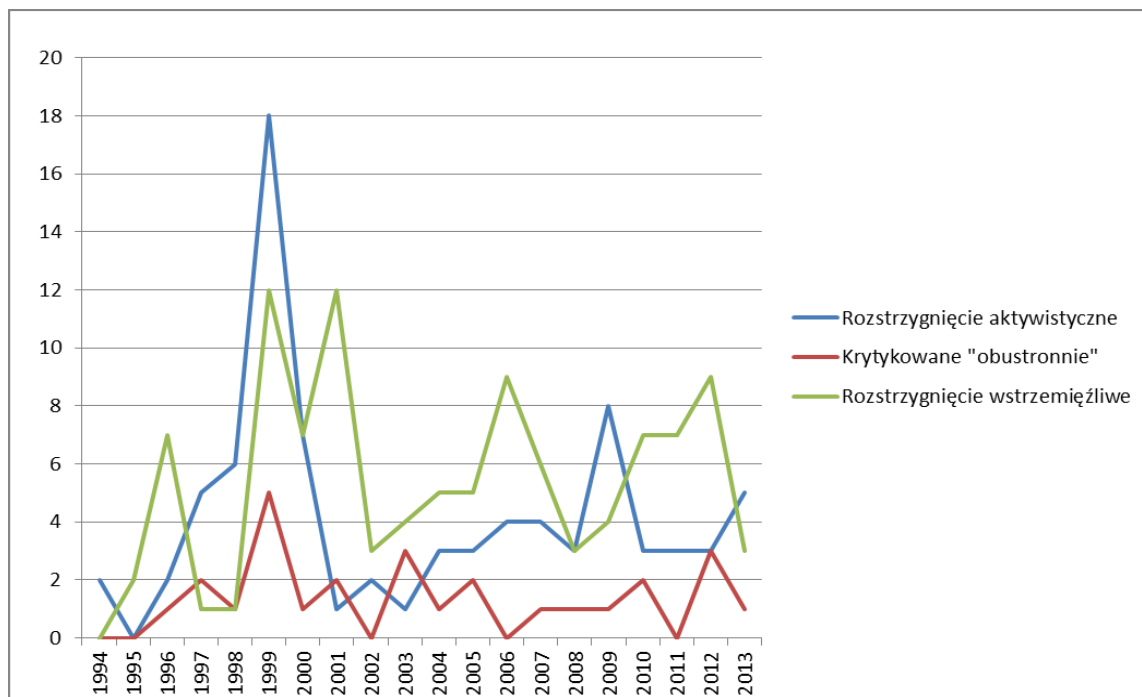


Diagram pokazuje, że orzeczenia krytykowane jako aktywistyczne (w kierunku mocniejszej ochrony praw i wolności podstawowych) dominowały nad orzeczeniami wstrzemięźliwymi w roku 1994, w latach 1997-1999 oraz 1999 i ponownie w latach 2009 oraz 2013. Ogólna tendencja wydaje się być taka, że kierunek aktywistyczny, po osiągnięciu szczytu w 1999 r. i dna w latach 2001-2003, wykazuje słaby, ale zauważalny trend wzrostowy. Kierunek wstrzemięźliwy wydaje się być ogólnie stabilny (po osiągnięciu szczytu w 1999 i w 2001 r.), ale wytraca dynamikę w dłuższej perspektywie. Inne interesujące spostrzeżenie, które można poczynić, jest takie, że chociaż rozstrzygnięcia wstrzemięźliwe tracą dynamikę w perspektywie długoterminowej, to jednak stale – z drobnymi tylko wyjątkami – dominowały nad rozstrzygnięciami aktywistycznymi po 2000 r., podczas gdy kierunek aktywistyczny wykładni dominował zwykle w latach 90-tych.

Nie można zatem podzielić stanowiska J. Kratochvíla, który uważa, że w ostatnich latach mamy do czynienia z „inflacją marginesu swobody oceny” przysługującego państwom członkowskim¹²⁰. Wydaje się, że gdyby tak istotnie było, to liczba opinii odrębnych krytykujących wyroki Wielkiej Izby za nadmierną powściągliwość musiałyby w sposób zauważalny wzrastać, a tak się nie dzieje. Istnieje natomiast od początku stulecia, wspomniana wyżej, dosyć sta-

¹¹⁹ Wyłączono wyroki dotyczące wyłącznie kwestii słusznego zadośćuczynienia, sposobu sformułowania uzasadnienia, subsumcji normy do stanu faktycznego (tj. tego, że naruszenie dotyczyło również innego artykułu Konwencji niż ten, który został zastosowany), skreślenia sprawy z listy spraw z uwagi na jej załatwienie w inny sposób w państwie członkowskim Konwencji, a także innych kwestii nie odnoszących się do stwierdzenia naruszenia Konwencji jako takiego.

¹²⁰ J. Kratochvíl, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2011, vol. 29, nr 3, s. 324-357.

bilna tendencja do dominacji wyroków wstrzemięźliwych nad „progresywnymi”, co może powodować wrażenie, że dynamizm powierzonego Trybunałowi rozwijania praw i wolności człowieka, o którym mowa w preambule Konwencji, wyhamowuje. Przytaczane i krytykowane przez J. Kratochvíla przykłady nieprawidłowego, jego zdaniem, wykorzystania doktryny *margin of appreciation*, mogą świadczyć raczej, jako takie, o pewnych potknięciach orzeczniczych, bardziej niż o „inflacji” jej zastosowania.

Interesująca wydaje się odpowiedź na pytanie o przyczyny, dla których orzecznictwo Wielkiej Izby wykazuje w pewnych okresach zauważalne tendencje aktywistyczne albo wstrzemięźliwe. Można zauważyć na wstępie, że okres lat 90-tych to czas przystępowania do Konwencji nowych państw z (przede wszystkim) Europy Środkowej i Wschodniej. W tym liczba państw będących stronami Konwencji wzrosła z 22 do 47. Przez dekadę lat 90-tych do Konwencji dołączało 19 państw, tj. w kolejnych latach: Finlandia (1990), Bułgaria (1992), Węgry (1992), Słowacja (1992), Czechy (1993), Polska (1993), Słowenia (1993), Rumunia (1994), Litwa (1995), Albania (1996), Andora (1996), Estonia (1996), Łotwa (1997), Mołdawia (1997), Macedonia (1997), Ukraina (1997), Chorwacja (1997), Rosja (1998) i Gruzja (1999). Począwszy od 2000 r. do EKPC przystąpiło kolejnych 6 państw, w tym przede wszystkim państwa byłego ZSRR i byłej Jugosławii: Armenia (2002), Azerbejdżan (2002), Bośnia i Hercegowina (2002), Czarnogóra (2004), Serbia (2004) i Monako (2005). W rytm tej zmiany geograficznej, zauważalne jest osłabienie linii aktywizmu na rzecz linii wstrzemięźliwości. Można też interpretować wyniki badań w odmienny sposób, zbieżny z tezami wynikającymi z przywołanymi wyżej wynikami badań Bruinsmy: to nie orzecznictwo stało się w pewnym momencie bardziej wstrzemięźliwe, lecz zwiększająca się liczba sędziów z państw Europy Wschodniej, którzy być może – jak choćby krytykujący Wielką Izbę za negatywnie przezeń widziany aktywizm, rosyjski sędzia Kovler – są bardziej zachowawczy, gdy chodzi o poziom ochrony praw podstawowych, są mniej skłonni do sporządzania opinii odrębnych, krytykujących Trybunał za aktywistyczne podejście. Stąd również może wynikać pewna przewaga opinii odrębnych, pisanych z pozycji aktywistycznych, nad tymi, które krytykują Trybunał za aktywizm, same będąc stanowiskami wstrzemięźliwymi.

Jeśli natomiast chodzi o ostatnie 5 lat, to warto rozważyć możliwe skutki wejścia w życie Protokołu nr 14 do Konwencji, który zmienił mechanizm powoływania sędziów. Od 1 czerwca 2010 r. powołano 24 nowych sędziów (to więcej niż połowa składu Trybunału), przy czym zostali oni powołani na jedną, nieodnawialną kadencję, trwającą 9 lat. Poprzednio obowiązujący system zakładał powołanie sędziego na 6-letnią kadencję, która była odnawialna. Odnawialność kadencji, niezależnie od przysługujących sędziom gwarancji niezawisłości, zawsze musi powodować, choćby i tłumioną, potrzebę zastanowienia się, jak orzeczenie aktywistyczne (w znaczeniu: rozwijające ochronę praw i wolności podstawowych) zostanie przyjęte przez środowisko polityczne decydujące o wyznaczeniu kandydata na sędziego (którego następnie wybierze Zgromadzenie Parlamentarne). Brak możliwości powołania na kolejną kadencję, a także jej długość (sędziami są w większości osoby urodzone w latach 40. i 50. XX wieku, a zaledwie kilkoro sędziów urodziło się w latach 70-tych, z najmłodszą, estońską sędzią Julią Laffranque, urodzoną w 1974 r.) powoduje, że sędziowie generalnie mogą traktować stanowisko w ETPC jako ukoronowanie kariery. To zaś może otwierać ich na bardziej aktywistyczne podejście do wykładni ETPC w kierunku wzmocnienia ochrony praw podstawowych, zamykać zaś na rozważania o kierunkach sędziowskiej lub politycznej kariery po zakończeniu kadencji w Trybunale (czyli na czysto polityczną motywację leżącą u podłoża sta-

nowiska orzeczniczego). Wszystko to może przekładać się na rezultat w postaci pewnego wzmocnienia trendu aktywistycznego w orzecznictwie ETPC poczynając od 2010 r. Być może można więc rozważyć tezę, że czym dłuższa jest kadencja sędziego sądu międzynarodowego i czym mniejsze szanse na kontynuowanie kariery po powrocie do kraju, tym większa podatność sędziego na aktywistyczne podejście do wykładni prawa międzynarodowego. Podobnie, na umocnienie kierunku aktywistycznego wykładni zdaje się mieć wpływ upływ czasu, w którym państwo będące stroną umowy (tu: EKPC) uczestniczy w jej systemie: ujmując rzecz lapidarnie, czym dłużej państwo jest stroną umowy, tym sędziowie zeń pochodzący wydają się być na ogół odważniejsi w dokonywanej przez siebie wykładni postanowień umowy. Krótki „staż” w systemie umowy międzynarodowej, na podstawie której orzeka sąd międzynarodowy, sprzyjałby natomiast na ogół sędziowskiej wstrzeźliwości (sędziowie dopiero „uczają się” systemu prawa, w ramach którego przyszło im orzekać).

2.5. Reakcje polityczne na rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych

Politycy w Europie wydają się zaskakująco skoncentrowani na prawie i sądowych rozstrzygnięciach. Nie tylko, jak zauważono powyżej, Trybunały Europejskie wydają się responsywne wobec zdarzeń politycznych w Europie, ale też decyzje Trybunałów są żywo komentowane na scenie politycznej. M. Blauberger przedstawił niedawno analizę reakcji politycznych na niektóre wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE¹²¹. Wyrok w sprawie *Laval*¹²², dotyczący wynikających ze swobody rynku wewnętrznego uprawnień przedsiębiorców do przenoszenia działalności do nowych państw członkowskich Unii, gdzie niższe są koszty jej prowadzenia, był krytykowany z pozycji lewicowych za „społeczną ślepotę”¹²³. Niektóre wyroki z zakresu prawa antidyskryminacyjnego¹²⁴ były natomiast krytykowane za nadmierną inwazyjność w relacji do krajowych regulacji dotyczących niektórych kwestii związanych z „moralnością” lub za niedostateczne uwzględnienie skutków ekonomicznych. W istocie, zarówno wyroki ETPC, jak i TSUE, mają potencjał wywoływania politycznego zamieszania.

¹²¹ M. Blauberger, *With Luxembourg in Mind... The Remaking of National Policies in the Face of ECJ Jurisprudence*, *Journal of European Public Policy* 2012, vol. 19, nr 1, s. 109-126.

¹²² Wyrok TSUE z 18 grudnia 2007 r. sprawie nr C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*.

¹²³ Trybunał stwierdził, że "Article 49 EC and Article 3 of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 Grudnia 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services are to be interpreted as precluding a trade union, in a Member State in which the terms and conditions of employment covering the matters referred to in Article 3(1), first subparagraph, (a) to (g) of that directive are contained in legislative provisions, save for minimum rates of pay, from attempting, by means of collective action in the form of a blockade ('blockad') of sites such as that at issue in the main proceedings, to force a provider of services established in another Member State to enter into negotiations with it on the rates of pay for posted workers and to sign a collective agreement the terms of which lay down, as regards some of those matters, more favourable conditions than those resulting from the relevant legislative provisions, while other terms relate to matters not referred to in Article 3 of the directive".

¹²⁴ Zob. wypowiedź byłego prezydenta Republiki Federalnej Niemiec Romana Herzoga w reakcji na wyrok TSUE z 22 listopada 2005 r. w sprawie nr C-144/04 *Mangold*, w: R. Herzog, L. Gerken, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof* opublikowaną we *Frankfurter Allgemeine Zeitung* z 8 sierpnia 2008 r.; zob. też analizę następstw wyroku TSUE z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie nr C-267/06 *Maruko* w: M. Möschel, *Germany's Life Partnerships: Separate and Unequal*, *Columbia Journal of European Law* 2009, vol. 16, s. 37-65.

G. Garrett, R. D. Kelemen i H. Schulz¹²⁵ opisali konfuzję rządów państw Unii Europejskiej (zwłaszcza ówczesnego, torysowskiego gabinetu rządzącego Zjednoczonym Królestwem) po wyroku w sprawie *Francovich*¹²⁶ (pierwszy wyrok Trybunału Sprawiedliwości dotyczący, wynikającej z potrzeby zapewnienia *effet utile* prawa wspólnotowego, zasady odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego wobec jednostki za szkodę spowodowaną naruszeniem przez państwo prawa WE). Autorzy ci podali, że „biorąc pod uwagę to, że koszty wynikające z wyroku *Francovich* dla wszystkich państw członkowskich są potencjalnie gigantyczne, a także to, że dokładny charakter precedensu ustanowionego w tej sprawie jest niejasny, należy się spodziewać, że w przyszłości Trybunał dobrowolnie ograniczy zastosowanie zasady odpowiedzialności odszkodowawczej w sposób pożądany przez ogół rządów państw członkowskich”. Tak się też stało – Trybunał doprecyzował zastosowanie, wynikającej z wyroku *Francovich*, zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, w szczególności w odniesieniu do naruszających prawo Unii orzeczeń sądów państw członkowskich, np. w sprawie *Köbler*¹²⁷ stwierdzając, że jedynie wystarczająco poważne naruszenia stanowią wymaganą przez prawo UE przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej, zaś „właściwy sąd krajowy, biorąc pod uwagę szczególny charakter funkcji sądowniczej, musi ustalić, czy naruszenie jest oczywiste”.

Wyżej omówiono już pokrótce reakcje polityczne na wyrok Izby w sprawie *Lautsi*, ale również w przypadku ETPC wielokrotnie zdarzają się mniej albo bardziej silne reakcje polityczne na rozstrzygnięcia Trybunału. Jako przykład można wskazać reakcje polskich polityków na wyrok Wielkiej Izby we wspomnianej już sprawie *Janowiec*. Wiceminister Spraw Zagranicznych RP A. Nowak-Far ostrożnie komentował, że wyrok „nie uznaje (...) wszystkich racji polskiej strony skarżącej, która występuje z racją moralną, historyczną, ale te moralne i historyczne racje przez Trybunał nie zostały uwzględnione z powodów procesowych” i dodał, że wyrok jest „rozczarowujący”¹²⁸, natomiast wiceszef rosyjskiej organizacji Memoriał ostrzej podkreślił, że „wyrok ten pokazuje, że Trybunał idzie na smyczy Rosji, pomaga jej ukrywać stalinowskie zbrodnie”¹²⁹. W istocie, decyzja o wyjaśnieniu wszystkich okoliczności zbrodni katyńskiej ma w przeważającej mierze charakter polityczny, jednak politycy upatrywali w wyroku ETPC remedium na rozwiązanie problemu zaburzającego od kilkadziesiąt już lat polsko-rosyjskie relacje. Nie sposób nie zauważyć, że ETPC został w tym przypadku potraktowany jako substytut niewydolnego mechanizmu politycznego. Jak się wydaje, podobny charakter miały zresztą wyroki ETPC w sprawie *Więzień CIA w Polsce*¹³⁰.

¹²⁵ G. Garrett, R.D. Kelemen, H. Schulz, *The European Court of Justice, the National Governments, and Legal Interpretation in the European Union*, International Organization 1998, vol. 52, nr 1, s. 149-176.

¹²⁶ Wyrok TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych nr C-6/90 i nr C-9/90 *Francovich and others v. Italy*.

¹²⁷ Wyrok TSUE z 30 września 2003 r. w sprawie nr C-224/01 *Köbler przeciwko Austrii*.

¹²⁸ Źródło: <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/961068,Niekorzystny-wyrok-w-Strasburgu-dla-rodzin-ofiar-zbrodni-katynskiej/> dostęp 31.08.2014 r.

¹²⁹ Źródło: http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/960764,Pietrow-Trybunal-w-Strasburgu-idzie-na-pasku-Rosji/?utm_source=box&utm_medium=link&utm_campaign=related/ dostęp 31.08.2014 r.

¹³⁰ Wyroki ETPC z 24 lipca 2014 r. w sprawach: nr 28761/11, *Al. Nashiri przeciwko Polsce* i nr 7511/13, *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*. W obu tych sprawach zauważalny jest brak sprawnego mechanizmu demokratycznej kontroli nad działaniami służb specjalnych.

2.6. Procesy polityczne jako katalizatory decyzji sądów międzynarodowych

Wydaje się nie być przypadkiem, że Trybunał Sprawiedliwości zdecydował się na powołanie Karty Praw Podstawowych UE jako źródła inspiracji w ustalaniu treści praw podstawowych gwarantowanych w porządku prawnym Unii po raz pierwszy w 2006 r.¹³¹, to jest wtedy, kiedy stało się jasnym, że Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy, mający inkorporować Kartę i w ten sposób uczynić ją prawnie wiążącą, poniósł ostateczną porażkę. Jak zauważają G. Amato i J. Ziller, „może istotniejszym niż data wyroku Trybunału jest fakt, że skarga została wniesiona do Trybunału 22 grudnia 2003 r., dziesięć dni po nieudanej próbie uzgodnienia Traktatu Konstytucyjnego podczas Rady Europejskiej, jak i fakt, że strony sporu przedstawiały swoje argumenty w okresie, w którym równocześnie obserwowano zakończenie procesu uzgadniania treści Traktatu w ramach Konferencji Międzyrządowej i komplikacje towarzyszące procesowi ratyfikacyjnemu w związku z referendum we Francji i Królestwie Niderlandów”¹³².

Warto także przywołać w tym miejscu liczne orzeczenia ETPC stanowiące sądową odpowiedź na procesy polityczne – jak choćby takie sprawy jak *I. v. UK*, *Goodwin v. UK*, *Schalk and Kopf v. Austria* etc., w których „politycznie proklamowana” Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej miała znaczący wpływ na wykładnię Konwencji Europejskiej, pomimo tego, że jedynie niektóre (w istocie nawet mniejszość) spośród Wysokich Umawiających się Stron Konwencji uczestniczyły w proklamowaniu Karty. Polityczne wydarzenie, jakim była proklamacja Karty pozbawionej początkowo prawnie wiążącego skutku, okazało się determinować treść zobowiązań stron Konwencji.

2.7. Decyzje sądów międzynarodowych jako katalizatory zdarzeń politycznych

Prawo międzynarodowe nie reguluje i nie może uregulować wszystkich aspektów wspólnoty. Wypełnianiu obszarów regulacji nieobjętych normami prawa międzynarodowego służą wyłącznie decyzje państw i organizacji międzynarodowych i w tym sensie, jak słusznie zauważył R. Bierzanek, „prawo międzynarodowe nie ma luk wymagających wypełnienia poprzez orzekanie pomimo braku przepisów prawa międzynarodowego”¹³³.

System prawa Unii Europejskiej, mający charakter unikalny, wykazuje w tym względzie pewną odrębność. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej chce postrzegać system prawa Unii jako jedność doskonałą i stanowiącą zamkniętą całość, opisując tę cechę prawa Unii jako jego autonomię¹³⁴. Artykuł I-6 Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy stanowił, że „Konstytucja i prawo przyjęte przez instytucje Unii w wykonywaniu przyznanych jej kompetencji mają pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich”. Przepis ten nigdy nie wszedł w życie, jednak sama decyzja o umieszczeniu klauzuli prymatu *explicite* w treści Traktatu, a także sposób jej sformułowania, były w całości rezultatem stopniowo budowanej przez Trybunał Sprawiedliwości, w drodze dynamicznej wykładni Traktatów, doktryny pierw-

¹³¹ Wyrok TSUE z 27 czerwca 2006 r. w sprawie nr C-540/03 *European Parliament v. Council*.

¹³² G. Amato, J. Ziller, *The European Constitution. Cases and Materials in EU and Member States' Law*, Cheltenham 2007, s. 116.

¹³³ R. Bierzanek (przypis 1), s. 129.

¹³⁴ Zob. szeroko na ten temat R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, The Hague 2004.

szeństwa prawa Unii jako systemu konstytucyjnego: od proklamującego zasadę pierwszeństwa wyroku w sprawie *Costa przeciwko ENEL*¹³⁵, poprzez dekodujący z Traktatu pierwszeństwo prawa wspólnotowego przed prawem konstytucyjnym państw członkowskich wyrok w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*¹³⁶, po określający wspólnotowe prawo pierwotne mianem „karty konstytucyjnej Wspólnoty” wyrok w sprawie *Les Verts*¹³⁷ czy opinię 1/91¹³⁸. Również deklaracja nr 17 w sprawie zasady pierwszeństwa, dołączona do Aktu końcowego Konferencji Międzyrządowej, odwołuje się do orzecznictwa Trybunału jako źródła poznawczego zasady pierwszeństwa prawa Unii, tworząc (zresztą chyba nie bez powodu) wrażenie, że zasada ta ma swoje źródło normatywne w samym orzecznictwie.

Podobnie, to „dokonana przez Trybunał ekspansywna wykładnia swobody przepływu (osób), bardziej niż cokolwiek innego, dostarczyła podstaw dla obywatelstwa (Unii) wprowadzonego przez (Traktat z) Maastricht”¹³⁹. Jak zauważył Rzecznik Generalny Jacobs, „poszczególne prawa wymienione w Traktacie o Unii Europejskiej zdawały się dodawać niewiele do istniejących praw wypływających z Traktatów, prawa wtórnego i orzecznictwa. W istocie, wprowadzenie obywatelstwa UE do Traktatu było przez niektórych postrzegane jako fałszywe i zwodnicze”¹⁴⁰. Współcześnie, rozwijana przez Trybunał instytucja obywatelstwa jest orzeczniczo transformowana w określającą podstawowy status obywateli państw członkowskich – jak to ujął Trybunał po raz pierwszy w wyroku w sprawie *Grzelczyk*¹⁴¹. Jak to niedawno odnotował Shaw, orzeczenia rozwijające instytucję obywatelstwa Unii w ostatnim czasie¹⁴² stają się paliwem napędzającym kolejne zdarzenia polityczne – wzmacniają one bowiem argumenty w debacie na temat niepodległości Szkocji¹⁴³ w ten sposób, że umacniają demokratyzację na każdym szczeblu *Europolis*, a także osłabiają więzi obywateli z państwem. Shaw stawia tezę, że obywatelstwo UE może być, z uwagi na te jego, groźne dla państw członkowskich skutki, ofiarą trwającego kryzysu politycznego i gospodarczego w Europie.

Również wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka mają niejednokrotnie silne skutki polityczne, stając się katalizatorami politycznych zmian. Bardzo silnie ingerujące w porządek wewnętrzny Litwy orzeczenie w sprawie *Paksas*¹⁴⁴ spowodowało polityczną rezygnację byłego prezydenta. Sędzia Costa, składając częściowo odrębną opinię do tego wyroku,

¹³⁵ Wyrok TSUE z 15 lipca 1964 r. w sprawie nr 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL*.

¹³⁶ Wyrok TSUE z 17 grudnia 1970 r. w sprawie nr 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

¹³⁷ Wyrok TSUE z 23 kwietnia 1986 r. w sprawie nr 294/83 *Partie Écologiste „Les Verts” v. European Parliament*.

¹³⁸ Opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. w sprawie nr 1/91 dotycząca Porozumienia EOG.

¹³⁹ W. Maas, *The Evolution of EU Citizenship*, Memo for Princeton workshop on *The State of the European Union, Volume 8*, 2005, s. 8.

¹⁴⁰ F.G. Jacobs, *Citizenship of the European Union – A Legal Analysis*, *European Law Journal* 2007, vol. 13, nr 5, s. 592.

¹⁴¹ Wyrok TSUE z 20 września 2001 r. w sprawie nr C-184/99 *Grzelczyk v. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-La-Neuve*, pkt 31.

¹⁴² Zob. np. wyrok TSUE z 8 marca 2011 r. w sprawie nr C-34/09 *Ruiz Zambrano*, wyrok TSUE z 5 maja 2011 r. w sprawie nr C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, wyrok TSUE z 15 grudnia 2011 r. w sprawie nr C-256/11 *Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*.

¹⁴³ Zob. J. Shaw, *EU Citizenship and the Edges of Europe*, CITZOB Working Paper Series, Working Paper 2012, vol. 19, s. 7-10.

¹⁴⁴ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 6 stycznia 2011 r. w sprawie nr 34932/04, *Rolandas Paksas przeciwko Litwie*.

akcentował potrzebę wstrzemięźliwości i argumentował – pomijając kwestię dopuszczalności skargi – że w jego ocenie należało uznać litewską (zresztą, wynikającą z orzeczenia tamtejszego sądu konstytucyjnego) decyzję o dożywotnim zakazie pełnienia funkcji dla usuniętego z urzędu byłego prezydenta Litwy za mieszczącą się w granicach marginesu swobody oceny. Biorąc pod uwagę kruchość i krótki okres funkcjonowania litewskiej demokracji, trudno się nie zgodzić z poglądem sędziego Costy. Rezultat wyroku ETPC jest taki, że obecnie Rolandas Paksas jest deputowanym do Parlamentu Europejskiego, wybranym po raz drugi w 2014 r. Tego rodzaju przykłady można mnożyć: wyroki ETPC w sprawach *Kozak*¹⁴⁵ oraz *Schalk i Kopff*¹⁴⁶ z pewnością będą miały wpływ na polityczny klimat wokół problemu uregulowania prawnego statusu związków tej samej płci w Polsce, tworząc niemożliwy do niezauważenia standard prawny, do którego prędzej niż później będzie musiał się pozytywnie odnieść konserwatywny polski ustawodawca.

2.8. Polityczne podłoże rozstrzygnięć sądów międzynarodowych – doktryna *political question*

Jak zauważył MTS w sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, „spory prawne pomiędzy suwerennymi państwami z samej swojej natury zwykły się objawiać w kontekstach politycznych, a często stanowią one tylko jeden z elementów szerszych i długotrwałych sporów politycznych pomiędzy zainteresowanymi państwami”¹⁴⁷. W dogmatyce trafnie się zauważa, że „każda istotna kwestia polityczna w sprawach międzynarodowych ma swoje aspekty prawne”¹⁴⁸. Jak zauważyła, w odniesieniu do MTS, sędzia (i była prezeska tego Trybunału) R. Higgins, „Trybunał nie powinien powstrzymać się od wykonywania swojej jurysdykcji, zarówno w opiniach doradczych, jak i w sprawach spornych, wyłącznie z tego powodu, że sprawa ma charakter *polityczny*”¹⁴⁹. S. Sugihara zauważa, że skoro funkcja powierzona MTS obejmuje rozwiązywanie sporów międzynarodowych poddanych jego jurysdykcji, to nie ma żadnego przekonującego powodu, dla którego Trybunał miałby uznać sprawę za *non-justiciable* wyłącznie z tego względu, że spór stanowi część szerszego zagadnienia politycznego – w przeciwnym razie doszłoby do zakwestionowania samej roli

¹⁴⁵ Wyrok ETPC z 2 marca 2010 r. w sprawie nr 13102/02, *Kozak przeciwko Polsce*. Standard ustalony w tej sprawie, bez interwencji legislacyjnej, recypował Sąd Najwyższy w uchwale z 28 listopada 2012 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 65/12, podkreślając, że „poza dyskusją pozostaje teza, że orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka obejmujące wykładnię postanowień konwencji praw człowieka i podstawowych wolności powinny być uwzględniane przy interpretacji prawa polskiego”.

¹⁴⁶ Wyrok ETPC z 24 czerwca 2010 r. w sprawie nr 30141/04, *Schalk i Kopff przeciwko Austrii*.

¹⁴⁷ Zob. wyrok MTS (przypis 20), pkt 37.

¹⁴⁸ S. Hoffman, *A World Divided and a World Court Confused: The World Court's Advisory Opinion on UN Financing*, (w:) R. S. Wood (red.), *The Process of International Organization*, New York 1971, s. 137.

¹⁴⁹ R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, *International and Comparative Law Quarterly* 1968, vol. 17, nr 1, s. 83. Podobnie: O. Schachter, *Disputes Involving the Use of Force*, (w:) L. F. Damrosch, *The International Court of Justice at Crossroads*, New York 1987, s. 223 i 241.

Trybunału, jako że spory prawne pomiędzy państwami ze swej samej natury wyrastają z politycznych kontekstów¹⁵⁰.

Doktryna *political question* zasadniczo odnosi się do państw, które uznają zasadę podziału władz¹⁵¹. Zgodnie z tą doktryną władza sądownicza jest odpowiedzialna wyłącznie za sprawy prawne, a nie polityczne, te ostatnie zaś stanowią domenę politycznych władz państwa. Problem delimitacji kompetencji władzy sądowniczej i pozostałych gałęzi władzy państwowej pojawia się wówczas, gdy kwestia poddana osądowi odnosi się zarówno do zagadnień prawnych, jak i politycznych. Tak definiując pojęcie *political question*, a także rozumiejąc rolę sądów międzynarodowych jako w pierwszym rzędzie rozstrzyganie sporów pomiędzy (przede wszystkim) suwerennymi państwami, które to spory mają immanentnie w swym spektrum również pierwiastki polityczne, nie sposób nie zauważyć, że sądom międzynarodowym na ogół przychodzi rozstrzygać sprawy mające charakter *political questions*. Należałoby więc uznać, że powstrzymanie się sądu międzynarodowego od orzekania powinno mieć miejsce nie tam, gdzie sprawa nosi znamiona *political question* (bo z reguły w każdej niemal sprawie takie znamiona wystąpią, co wynika z charakteru jurysdykcji tych sądów jako rozstrzygających na ogół spory między suwerennymi państwami), lecz tam, gdzie mają one charakter pierwszoplanowy, a element prawny staje się tylko pretekstem albo tłem dla sporu politycznego.

Doktryna *political question* została rozwinięta w amerykańskim orzecznictwie konstytucyjnym poczynając od przełomowego w tym względzie wyroku z 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*¹⁵², dotyczącej kompetencji Sekretarza Stanu USA i poddania tejże kontroli sądowej. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził w tym wyroku, że „zagadnienia, które są ze swej natury polityczne, albo też takie, które konstytucja bądź ustawy poddają władzy wykonawczej, nigdy nie mogą być rozstrzygane przez ten Sąd”. Pojęcie *political question* można rozumieć na trzy sposoby¹⁵³:

a) *faux political question* („sztuczna kwestia polityczna”), czyli najszersze rozumienie doktryny zakładające, że, ponieważ władza wykonawcza ma pewną swobodę konstytucyjną czy też prawną, jej działania poddają się wyłącznie kontroli politycznej,

b) rozumienie doktryny zakładające, że władze polityczne mają „władzę interpretacyjną”, oznaczającą, iż konstytucja powierza im kompetencję do dokonywania ultymatywnej wykładni znaczenia określonych przepisów konstytucyjnych,

c) *secret political question doctrine* („doktryna utajonej kwestii politycznej”), czyli takie rozumienie tej doktryny, które zakłada, że nawet tam, gdzie odpowiedź na pytanie dotyczące zagadnienia konstytucyjnego jest klarowna, sądy powinny zawsze rozważyć, czy powinny przestrzegać konsekwencji tej odpowiedzi.

¹⁵⁰ S. Sugihara, *The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues*, (w:) A. S. Muller, D. Raič, J. M. Thuránszky, *The International Court of Justice. Its Future Role After Fifty Years*, The Hague 1997, s. 128.

¹⁵¹ S. Van Elsuwege, *Law versus Politics: The Limits of Judicial Review in EU External Relations*, Working Paper Annual Legal Research Network Conference 2010, s. 5.

¹⁵² Wyrok Sądu Najwyższego USA z 24 lutego 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁵³ L. M. Seidman, *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, John Marshall Law Review 2003-2004, nr 441, s. 444-446.

W sprawie *Baker v. Carr*¹⁵⁴ Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zdefiniował sześć sytuacji, które należą do zakresu *political question*, wśród których wskazał przypadki, w których:

- a) na poziomie wykładni językowej istnieje potrzeba poddania sprawy uprzedniemu rozstrzygnięciu władzy politycznej,
- b) brak jest możliwego do ustalenia przez sąd i zarazem możliwego do sądowego wykorzystania standardu prawnego, który pomógłby rozstrzygnąć w sprawie,
- c) brak jest możliwości rozstrzygnięcia bez uprzedniej decyzji politycznej w rodzaju wykraczającym poza granice swobody sędziowskiej,
- d) brak jest możliwości sądowego rozstrzygnięcia bez jednoczesnego wypowiedzenia posłuszeństwa władzy politycznej,
- e) występuje nadzwyczajna potrzeba poddania rozstrzygnięcia decyzji politycznej,
- f) istnieje nierozwiązywalna sprzeczność pomiędzy różnorodnymi wypowiedziami władzy politycznej.

Pojawia się pytanie, czy doktryna *political question* znajduje zastosowanie do sądów międzynarodowych, takich jak TSUE czy ETPC. Czysto teoretycznie, skoro jurysdykcja obu Trybunałów jest ograniczona do kwestii prawnych (w przypadku TSUE jest to zapewnienie przestrzegania prawa Unii, zaś w przypadku ETPC to realizacja kontroli przestrzegania standardu ochrony praw i wolności wynikającego z Konwencji), „zagadnienie polityczne” nie powinno się pojawić w ogóle. W praktyce jednak obydwie Trybunały napotykają niekiedy na *political question* w rozstrzyganych sprawach.

Poza wspomnianą wyżej sprawą *Paksas przeciwko Litwie* (ze wskazującą wprost na wystąpienie w sprawie *political question* opinią odrębną sędziego Costy), kolejnym przykładem tego rodzaju sytuacji jest wyrok pełnego składu ETPC w sprawie *Ruiz-Mateos przeciwko Hiszpanii*¹⁵⁵. Trybunał został tu skonfrontowany z pytaniem o to, czy postępowanie przed krajowym sądem konstytucyjnym winno być oceniane na płaszczyźnie art. 6 ust. 1 Konwencji, przeciwko czemu argumentował rząd hiszpański. Trybunał, odwołując się do wcześniejszych orzeczeń orzekł, że zastosowanie art. 6 ust. 1 EKPC do postępowania przed krajowym sądem konstytucyjnym stanowi dobrze ugruntowany standard interpretacyjny¹⁵⁶. W jednej z opinii odrębnych¹⁵⁷ podniesiono, że „klarownym wydaje się, że nie ma potrzeby, aby instytucje konwencyjne kontrolowały funkcjonowanie sądu konstytucyjnego”, jako że „każde państwo suwerennie podejmuje decyzję o tym, czy w ogóle ustanowić sąd konstytucyjny, każde też państwo suwerennie decyduje o regułach proceduralnych, które determinują przebieg postępowania przed takim organem”.

W wyroku Izby ETPC w sprawie *Ždanoka przeciwko Łotwie*¹⁵⁸ Trybunał odniósł się do zarzutu niezgodności z Konwencją wyłączenia prawa skarżącej do kandydowania w wyborach

¹⁵⁴ Wyrok Sądu Najwyższego USA z 26 marca 1962 r. w sprawie *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), 217.

¹⁵⁵ Wyrok (pełnego składu) ETPC z 23 czerwca 1993 r. w sprawie nr 12952/87, *Ruiz-Mateos v. Spain*.

¹⁵⁶ ETPC powołał swoje wcześniejsze wyroki w sprawach z 29 maja 1986 r., *Deumeland v. Germany*, pkt 77, z 23 kwietnia 1987 r., *Poiss v. Austria*, pkt 52, z 29 marca 1989 r., *Bock v. Germany*, pkt 37 i z 6 maja 1981 r., *Buchholz v. Germany* (cytowanie za wyrokiem ETPC).

¹⁵⁷ Częściowo odrębna opinia sędziego B. Pettiti, do której dołączyli się sędziowie J. Lopez-Rocha i D. Ruiz-Jarabo Colomer.

¹⁵⁸ Wyrok ETPC z 17 czerwca 2004 r. w sprawie nr 58278/00, *Ždanoka v. Latvia*.

do Parlamentu Łotwy i wyborach do władz lokalnych. Skarżąca była aktywną członkinią Komunistycznej Partii Łotwy po 13 stycznia 1991 r. (jest to data tzw. wypadków ryskich; Rada Najwyższa Republiki Łotewskiej jesienią 1991 r. rozwiązała *Latvijas PSR Internacionālā Darbajaužu fronte*, czyli organizację polityczną istniejącą na Łotwie w latach 1989-1991 i sprzeciwiającą się niepodległości państwa łotewskiego) i w rezultacie powyższego została pozbawiona czynnego prawa wyborczego. Izba stwierdziła naruszenie art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. Łotewski sędzia E. Levits podkreślił w opinii odrębnej: „nie opowiadałem się za dopuszczalnością spornych ograniczeń, które przewiduje łotewskie prawo. Chodziło mi tylko o pokazanie, że jest to zagadnienie czysto polityczne, które jest doniosłe dla społeczeństwa nowej demokracji i które powinno zostać rozstrzygnięte w ramach demokratycznych procedur politycznych w pozwanym państwie. Chciałem również zwrócić uwagę na potrzebę wstrzeźliwości sędziowskiej Trybunału w sprawach, które mają charakter rzeczywiście polityczny. Jestem zdania, że sprawach tego rodzaju Trybunał powinien być niesłuchanie ostrożny i próbować pozostawać na solidnym gruncie oceny sądowej, nie zaś dokonywać przesunięcia w kierunku gruntu politycznego, jako że ten ostatni jest zarezerwowany dla instytucji demokratycznych Wysokiej Umawiającej się Strony”. To stanowisko, nawołujące do ostrożności w sprawach o istotnej obecności pierwiastka politycznego, zostało w istocie podzielone przez Wielką Izbę, która stwierdziła brak naruszenia art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC¹⁵⁹. Stanowisko Wielkiej Izby spotkało się z krytyką sędziego Zupančiča, wyrażoną w opinii odrębnej. Sędzia ten podniósł, że pewne zagadnienia dotyczące tolerancji wobec tych, którzy sami są nietolerancyjni, które były niegdyś postrzegane jako „zagadnienia polityczne”, współcześnie są traktowane bez cienia wątpliwości jako odnoszące się do samej istoty zasady rządów prawa.

Wydaje się, że w obydwu powyższych sprawach problemy widziane jako *political questions* (zagadnienie organizacji sądownictwa konstytucyjnego i kwestia statusu pewnych poglądów politycznych jako zagrażających funkcjonowaniu państwa) były w rzeczywistości zagadnieniami dotyczącymi szerokości marginesu swobody oceny, z którego korzystają krajowe władze polityczne. W sprawie *Ruiz-Mateos* było niewątpliwie kwestią politycznego wyboru to, czy utworzyć sądownictwo konstytucyjne oraz to, jaki kształt nadać jego jurysdykcji. Ale nie jest już zagadnieniem wyłącznie politycznym to, czy funkcjonujące zgodnie z polityczną decyzją państwa sądownictwo konstytucyjne realizuje standard rzetelnego procesu, wynikający z art. 6 EKPC. Podobnie, zagadnieniem politycznym było podjęcie decyzji o zastosowaniu, a także i sformułowanie rodzaju środków zabezpieczających młode państwo łotewskie przed działaniami, być może sterowanymi zza jego granic, które mogły doprowadzić do destrukcji rodzącej się państwowości. Natomiast sposób wykonania tych środków podlega, jak się wydaje, ocenie z perspektywy standardów ochrony praw i wolności określonych w Konwencji i protokołach do niej.

Warto odnotować, rozważając problem „zagadnienia politycznego”, że wynegocjowany ostatnio Protokół nr 16 do EKPC przewiduje procedurę rozstrzygnięcia wstępnego, która pozwoli najwyższym krajowym organom sądowym na kierowanie do ETPC wniosków o wydanie opinii doradczych w sprawach zawisłych przed sądami krajowymi. Opinie doradcze, które – po wejściu w życie Protokołu nr 16 – będzie mógł wydawać ETPC, będą dotyczyć „wykładni albo stosowania” praw i wolności chronionych przez mechanizm Konwencji, co oznacza, że

¹⁵⁹ Wyrok (Wielkiej Izby) ETPC z 16 marca 2006 r. w sprawie nr 58278/00, *Ždanoka v. Latvia*.

będą one mogły dotyczyć nie tylko samej interpretacji Konwencji, ale również będą się koncentrować na właściwym sposobie zastosowania Konwencji przez sądy krajowe. Jakkolwiek opinie doradcze Trybunału nie mają mieć, zgodnie z art. 5 Protokołu nr 16 do EKPC, skutku prawnie wiążącego w odniesieniu do sądu krajowego, który zwróci się o wydanie opinii, jednak opinie takie będą oczywiście, z zasady, traktowane w praktyce jako wiążące: w ten sam sposób, jak to jest w przypadku opinii doradczych MTS. Jak zauważył w odniesieniu do opinii doradczych Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości H. Thirlway: „jeśli Trybunał doradza na przykład, że istnieje określone zobowiązanie, to państwo, wobec którego ustalono, iż jest ono tym zobowiązaniem obciążone, chociaż nie jest zobowiązane postąpić zgodnie z opinią Trybunału, znalazłoby się na słabej pozycji, gdyby twierdziło, że wydana opinia doradcza MTS nie stanowi prawidłowej oceny istniejącego prawa”¹⁶⁰. Opinie doradcze wydają się orzeczniczo bardziej aktywistyczne niż wyroki wydawane w ramach jurysdykcji spornej MTS, jako że w przypadku opinii doradczych nie ma „przegranej” strony sporu, która mogłaby następnie bezpośrednio zakwestionować, również drogą polityczną, stanowisko zajęte przez Trybunał. Wydaje się, że podobnie może zadziałać mechanizm opinii doradczych ETPC. Trybunał strasburski może okazać się bardziej skłonny do ograniczenia marginesu swobody oceny przysługującego państwom będącym stronami Konwencji, zajmując stanowisko również w przypadku spraw o wysokiej obecności pierwiastka *political question*, zwłaszcza że opinie doradcze formalnie nie będą przecież prawnie wiążące, co utrudniałoby bezpośrednie zanegowanie pozycji interpretacyjnych zajętych przez ETPC.

W praktyce Trybunału Sprawiedliwości UE problem *political question* został podniesiony (i zdyskwalifikowany) w opinii Rzecznika Generalnego Maduro w sprawie *Kadi I*, w której Rzecznik Generalny zauważył, iż „pogląd sugerujący, że niniejsza sprawa dotyczy kwestii politycznej, w odniesieniu do której najmniejszy nawet przejaw ingerencji sądowej byłby niewłaściwy, nie nadaje się według mnie do obrony. Twierdzenie, że dany środek jest konieczny dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, nie może prowadzić do całkowitego odstępstwa od ogólnych zasad prawa wspólnotowego ani do pozbawienia jednostek ich praw podstawowych. Nie umniejsza to doniosłości interesu polegającego na utrzymaniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa; oznacza to po prostu, że obowiązkiem sądów pozostaje ocena zgodności z prawem środków mogących sprzeciwiać się równie doniosłym interesom, których ochrona powierzona została tym sądom”¹⁶¹.

Także w sprawie *Komisja przeciwko Grecji*¹⁶², dotyczącej jednostronnych sankcji zastosowanych przez Grecję wobec Byłej Jugosłowiańskiej Republiki Macedonii, Rzecznik Generalny Jacobs zauważył w przedstawionej Trybunałowi opinii, argumentując na rzecz oddalenia skargi Komisji Europejskiej, że „odnosząc się do argumentu Komisji, iż działania podjęte przez Grecję mogą prowadzić do zwiększenia napięcia i w ten sposób negatywnie wpływać na wewnętrzne i zewnętrzne bezpieczeństwo Grecji, należy spostrzec, że jest to w znacznej mierze ocena polityczna dotycząca nieuchronnego zagadnienia politycznego. Najprościej rzecz ujmując, nie ma narzędzi jurydycznych pozwalających na analizę i rozwiązanie tego ro-

¹⁶⁰ H. Thirlway, *The International Court of Justice* (w:) M. D. Evans (red.), *International Law*, Oxford 2003, s. 582.

¹⁶¹ Opinia Rzecznika Generalnego M. Poiaresa Maduro z 23 stycznia 2008 r. w sprawie nr C-415/05P *Al Barakaat Int'l Found v. Council and Commission*, pkt 34.

¹⁶² Postanowienie Prezesa Trybunału z 19 marca 1996 r. w sprawie nr C-120/94 *Commission v. Hellenic Republic*.

dzaju problemów. Nie ma żadnego prawnego testu pozwalającego ustalić, czy państwo członkowskie pozostające w sporze z państwem trzecim może w sposób bardziej udany doprowadzić ten spór do zakończonego sukcesem rozwiązania poprzez zastosowanie polityki dialogu i przyjaznej perswazji, czy też poprzez nałożenie sankcji gospodarczych”. W sprawie, w której Rzecznik Generalny sporządził cytowaną opinię, postępowanie przed Trybunałem zostało umorzone wskutek wniosku Komisji będącego następstwem zawarcia porozumienia tymczasowego pomiędzy Republiką Grecką i Byłą Jugosłowiańską Republiką Macedonii.

Kolejną sprawą wartą wspomnienia w kontekście rozważań nad obecnością *political question* w praktyce Trybunału Sprawiedliwości UE jest sprawa *Węgry przeciwko Słowacji*¹⁶³, w której Słowacja użyła argumentacji opartej na dyrektywie 2004/38 dla osiągnięcia politycznego celu w postaci odmowy wjazdu na terytorium tego państwa prezydenta Węgier. Wbrew stanowisku Rzecznika Generalnego, wyrażonemu w opinii przedłożonej Trybunałowi, Trybunał stwierdził, że incydent dyplomatyczny podlegał zastosowaniu prawa UE (art. 21 TFUE), jednak stwierdził przy tym, że „okoliczność, iż obywatel Unii Europejskiej piastuje urząd głowy państwa uzasadnia oparte na prawie międzynarodowym ograniczenie swobody przemieszczania się, jaką zapewnia mu art. 21 TFUE”. Trybunał, jak się wydaje, mógł również uznać, że prawo UE w ogóle nie znajduje zastosowania w tej sprawie, bowiem węgierski prezydent chciał złożyć wizytę na Słowacji nie tyle jako obywatel Unii (korzystający ze statusu wynikającego z art. 21 TFUE), lecz jako głowa państwa, podczas gdy regulacja statusu głów państw obcych nie jest w ogóle częścią prawa UE, lecz częścią prawa międzynarodowego dotyczącego przywilejów i immunitetów dyplomatycznych¹⁶⁴. Sprawa ta miała istotny element polityczny, co jednak całkowicie nie przeszkodziło Trybunałowi w uznaniu swojej jurysdykcji i zastosowaniu prawa Unii.

Polityczny pierwiastek miała też niewątpliwie sprawa dotycząca praw wyborczych na Gibraltarze¹⁶⁵. Komisja nie zdecydowała się w tym sporze na wydanie uzasadnionej opinii, powołując się na „drażliwy charakter bilateralnej kwestii”, zaś Rzecznik Generalny proponował uwzględnienie skargi w części, tj. w zakresie, w którym „(Zjednoczone Królestwo przyznało) prawo głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego osobom takim jak *Qualifying Commonwealth Citizens* (dalej QCC), niemającym statusu obywateli Zjednoczonego Królestwa ani żadnego innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej”¹⁶⁶, zauważając jednakże, iż „możliwość (rozciągnięcia pewnych praw politycznych na cudzoziemców stale zamieszkujących w danym państwie) stanowi w chwili obecnej wynik swobodnego politycznego wyboru”¹⁶⁷. Trybunał zdecydował jednak o oddaleniu skargi, uznając m.in. (pkt 79 wyroku), że „Zjednoczone Królestwo, ze względów wynikających z tradycji konstytucyjnej, zdecydowało się przyznać prawo głosowania i kandydowania QCC spełniającym wymogi będące wyrazem szczególnej więzi z terytorium, którego dotyczą organizowane wybory”, co nie mogło być po-
czytywane za naruszające jego zobowiązania wynikające z prawa UE. W wywodzie Trybunału

¹⁶³ Wyrok TSUE z 16 października 2012 r. w sprawie nr C-364/10 *Hungary v. Slovakia*.

¹⁶⁴ Szerzej i krytycznie na temat tego wyroku w: M. Filippin, *A change for future intra-European diplomatic relations? Case C-364/10 Hungary v. Slovakia*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2013, vol. 20, nr 1, s. 120-126.

¹⁶⁵ Wyrok TSUE z 12 września 2006 r. w sprawie nr C-145/04 *Spain v. United Kingdom*.

¹⁶⁶ Zob. pkt 176 opinii Rzecznika Generalnego z 6 kwietnia 2006 r. w sprawie nr C-145/04 *Spain v. United Kingdom*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pkt 130.

nie znalazło się przy tym odniesienie *explicite* do prawa Zjednoczonego Królestwa do „swobodnego politycznego wyboru”, czyli, innymi słowy, do samodzielnego rozstrzygnięcia *political question*, którego nie rozstrzygnięto poprzez przyjęcie jednolitego systemu wyborczego UE w wyborach do Parlamentu Europejskiego.

Można zauważyć, że problem zagadnienia politycznego pojawia się w rozważaniach członków Trybunału Sprawiedliwości UE tam, gdzie jego jurysdykcja jest słaba i Trybunał jest konfrontowany z zadaniem oceny prawnej środków stosowanych w obszarze szerokiego marginesu swobody oceny instytucji politycznych Unii albo państw członkowskich. W praktyce TSUE *political questions* ujawniają się tam, gdzie zabrakło całkowicie albo prawie całkowicie sprawnego mechanizmu politycznego, który dostarczyłby unormowań pozwalających poruszać się orzeczniczo po płaszczyźnie prawnej – płaszczyzna ta ma swoiste „dziury regulacyjne”, w które wpadając, Trybunał może spotkać się z zarzutem rozwiązywania *political questions*. Prowadzi to do wniosku, że *political question* to po prostu inaczej nazwany brak regulacji, którego wypełnienia dokonuje się drogą wykładni odwołującej się do innych, istniejących norm prawa międzynarodowego (czy też prawa UE), a który stanowi manifestację aktywizmu sędziowskiego. Państwa członkowskie albo instytucje Unii, nie decydując się na uregulowanie określonych zagadnień, postanowiły pozostawić sobie margines swobody oceny, zarazem jednak narażając Trybunał na przekroczenie tego marginesu oceny tam, gdzie okazało się to z pewnych względów konieczne.

Podsumowując ten fragment rozważań można skonkludować, że problem *political question* nie jest nieobecny w Trybunałach Europejskich, jednak przybiera tu postać problemu dopuszczalności i zakresu ingerencji w margines swobody oceny czy też swobodę władzy uznaniowej, który pozostawiły sobie władze polityczne. Korzystanie przez władze polityczne z dyskrekcji jest ze swej natury trudne do skontrolowania przez sądy. Warto również zauważyć, że obydwie Trybunały Europejskie nie są skłonne do wstrzemięźliwości w wykonywaniu swojej jurysdykcji przez wzgląd na ujawnienie się elementów *political question* w strukturze prawnej sprawy poddanej osądowi.

2.9. Sądy międzynarodowe jako sądy konstytucyjne, limitujące władzę polityczną

Samo istnienie Trybunałów Europejskich może być (i bywa¹⁶⁸) widziane jako manifestacja konstytucyjnego charakteru europejskiego porządku prawnego, rozumianego jako system obejmujący, pozostające we wzajemnych i uporządkowanych współzależnościach, porządki prawne Unii i państw członkowskich, a jednocześnie także porządek prawny Europejskiej Konwencji. To samo spostrzeżenie formułuje się również w odniesieniu do innych międzynarodowych organów sądowych, jak np. wobec organów sądowych WTO¹⁶⁹.

¹⁶⁸ W ten sposób opisują TSUE np. B. Vesterdorf, *A constitutional court for the EU?*, International Journal of Constitutional Law 2014, vol. 4, nr 4, s. 607; F. Jacobs, *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court* (w:) D. Curtin, D. O’Keeffe, *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Dublin 1992, s. 25. ETPC został opisany jako mający charakter sądu konstytucyjnego np. A. Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series 2009; S. J. Meyer, *The Constitutional Potential of the European Court of Human Rights*, National University of Juridical Sciences Law Review 2012, vol. 5, s. 207-217.

¹⁶⁹ Zob. np. E. U. Petersmann, *Human Rights and the Law of the World Trade Organization*, Journal of World Trade 2003, vol. 37, nr 2, s. 261-263; *idem: Addressing Institutional Challenges to the*

Trybunał Sprawiedliwości UE otwarcie używa nomenklatury konstytucyjnej dla opisanego charakteru porządku prawnego UE, *implicite* sytuując siebie samego jako sąd konstytucyjny w ramach tak opisanego systemu prawa: Traktaty założycielskie i zasady ogólne prawa stanowią, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, „kartę konstytucyjną”¹⁷⁰. Trybunał Sprawiedliwości UE może być zatem określony jako „sąd konstytucyjny” – jeżeli zgodnie z jego orzecznictwem przyjmujemy, że prawo pierwotne UE stanowi „konstytucję” (rozumianą jako nadrzędne źródło prawa definiujące podstawowe charakterystyki systemu: alokację władzy i określenie oraz opisanie mechanizmu ochrony zasad i prawa oraz wolności podstawowych, którym w systemie przyznano walor szczególnej ochrony), zaś TSUE jest sądem wyłącznie odpowiedzialnym za dokonywanie powszechnie obowiązującej interpretacji i ochrony konstytucji również poprzez eliminowanie niezgodnego z nią prawa wtórnego UE, a (w istocie) także niezgodnego z nią prawa państw członkowskich (w tym ostatnim przypadku poprzez skutek orzeczeń prejudycjalnych czy orzeczeń stwierdzających uchybienie zobowiązaniom przez państwa członkowskie)¹⁷¹.

Również w przypadku systemu Konwencji, niektórzy (jak się wydaje, będący raczej w mniejszości) prawnicy opowiadają się za uznaniem konstytucyjnego charakteru EKPC i funkcji sądu konstytucyjnego w odniesieniu do ETPC. Wspomniany S. Sweet zauważa, że chociaż ETPC nie ma kompetencji do unieważniania czy uchylania aktów prawa, to jednak uważa równocześnie, iż Trybunał strasburski ma funkcję „konstytucyjną” w sensie głębszym, mianowicie „współczesny konstytucjonalizm wymaga nałożenia ograniczeń na władzę rządu, wymuszenie poszanowania zasady rządów prawa i ochronę praw fundamentalnych”, te zaś kryteria ETPC jego zdaniem spełnia¹⁷². Można oczywiście polemizować z tym poglądem i stwierdzić, że ETPC póki co nie robi nic ponad rozstrzyganie sporów z udziałem jednostek i państwa, zaś dokonywana przezeń limitacja władzy politycznej jest pozorna, skoro ostatecznie jej skuteczność zależy od woli tychże władz politycznych. Z drugiej strony, nie można nie zauważyć, że dokładnie to samo można powiedzieć o każdym krajowym sądzie konstytucyjnym, którego zdanie będzie miało wartość tylko tak długo, dopóki nie zostanie pozbawione wartości przez władzę polityczną.

Nawet gdyby zachować krytyczny pogląd wobec umacniania się konstytucyjnego charakteru Trybunałów Europejskich, nie sposób nie uznać, że mamy do czynienia z systematyczną konstytucjonalizacją europejskiego „środowiska prawnego” (obejmującego zarówno system UE, jak i EKPC), co musi być widziane jako fenomen polityczny. Ta konstytucjonalizacja, to nie tylko samookreślenie się TSUE jako sądu orzekającego w oparciu o „kartę konstytucyjną”, ale również systematyczny dialog pomiędzy krajowymi sądami konstytucyjnymi i meta-

WTO in the New Millennium: A Longer-Term Perspective, Journal of International Economic Law 2005, vol. 8, nr 3; *idem* (w): *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1987; *idem*: *European and International Constitutional Law: Time for Promoting 'Cosmopolitan Democracy' in the WTO* (w:) G. De Burca, J. Scott (red.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford 2001.

¹⁷⁰ Zob. np. wyroki TSUE: z 23 kwietnia 1986 r. w sprawie nr 294/83 *Parti écologiste „Les Verts” v. Parliament*; pkt 23; w sprawach połączonych *Kadi* (przypis 15), pkt 81; z 10 lipca 2003 r. w sprawie nr C-15/00 *Commission v. EIB*, pkt 75; opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. nr 1/91, pkt 21.

¹⁷¹ Te dwie podstawowe cechy „sądu konstytucyjnego” zaproponował B. Vesterdorf, *A Constitutional Court for the EU*, International Journal of Constitutional Law 2006, vol. 4, nr 4, s. 84-85.

¹⁷² A. Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2009, vol. 80, s. 2.

sądami konstytucyjnymi w Strasburgu i Luksemburgu, uznanie mocy wiążącej orzeczeń Trybunałów Europejskich przez sądy krajowe, czy też wreszcie skrupulatne i niesłychanie ostrożne rozgraniczanie zakresów jurysdykcji krajowych sądów konstytucyjnych i Trybunałów Europejskich. To zaś powoduje wzmocnienie całego systemu konstytucyjnego sądownictwa europejskiego, złożonego z TSUE, ETPC i krajowych sądów konstytucyjnych, a w rezultacie również ograniczenie władz politycznych w państwach członkowskich. Nie są one już tak swobodne w ich politycznych decyzjach, jak były jeszcze kilkadziesiąt lat temu, muszą bowiem uwzględnić ograniczenia prawne (ale też i nieuchronnie polityczne) wynikające z „Europejskiej konstytucji”. Samo istnienie Trybunałów Europejskich jest w tym nowym systemie konstytucyjnym elementem kluczowym.

2.10. Sądy międzynarodowe jako czynniki konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego

Poza samym istnieniem Trybunałów Europejskich i ich samookreśleniem się *implicite* jako sądów konstytucyjnych, kolejną polityczną konsekwencją ich funkcjonowania jest rozpowszechnienie się przyjętego przez te Trybunały sposobu postrzegania europejskiej przestrzeni prawnej i perswazyjna siła ich retoryki w odniesieniu do zarówno krajowej praktyki orzeczniczej, jak i debaty politycznej w państwach europejskich. Systemy prawa Unii Europejskiej i Europejskiej Konwencji są – w ocenie obydwu Trybunałów – przedstawiane jako zawierające normy bezpośrednio skuteczne i bezpośrednio stosowalne, mające nadrzędność mocy prawnej w relacji do norm krajowych, nie zaś jako wiązki zobowiązań zaciągniętych przez państwa europejskie w ich relacjach wzajemnych, których ewentualne niewykonanie skutkowałoby odpowiedzialnością międzynarodową. Normatywne filary konstrukcji obydwu systemów prawnych (prawa UE i EKPC) zostały recypowane i zintegrowane w systemach konstytucyjnych państw członkowskich poprzez mechanizm dialogu sędziowskiego, oparty na systematycznym odwoływaniu się do dorobku orzeczniczego Trybunałów Europejskich¹⁷³.

Jednym z symptomów konstytucjonalizacji systemu prawnego UE jest możliwość indywidualnego dochodzenia uprawnień wynikających z prawa Unii przed sądami państw członkowskich¹⁷⁴. Podobnie Europejska Konwencja jest również charakteryzowana jako instrument złożony z przepisów zawierających bezpośrednio skuteczne normy, a obowiązkiem Wysokich Umawiających się Stron jest zapewnienie możliwości bezpośredniego dochodzenia uprawnień z nich wynikających przed organami krajowymi¹⁷⁵. Zdaniem G. Martinico, pomimo rozbieżnej

¹⁷³ Zob. np. D. Piana, C. Guarnieri, *Bringing the Outside inside. Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into its Right Context*, <http://www.utrechtlawreview.org>, 2012, vol. 8, Issue 2/ dostęp 31.08.2014 r.

¹⁷⁴ K. S. Ziegler, *International law and EU law: between asymmetric constitutionalisation and fragmentation* (w:) A. Orakhelashvili (red.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, University of Oxford Legal Research Paper Series 2011, nr 61, s. 268.

¹⁷⁵ Zob. Plan Działań Deklaracji z Interlaken, przyjęty podczas Konferencji Wysokiego Szczebla na temat Przyszłości Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w dniu 19 lutego 2010 r. na s. 4, w którym wezwano państwa-strony: „ensuring, if necessary by introducing new legal remedies, whether they be of a specific nature or a general domestic remedy, that any person with an arguable claim that their rights and freedoms as set forth in the Convention have been violated has available to them an effective remedy before a national authority providing adequate redress where appropriate”. Zob. jednak inaczej P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht 1998, s. 16.

natury prawnej obydwu systemów (co wyraża się przede wszystkim w wyraźnym i akcentowanym orzeczniczo braku intencji i instrumentów ujednociających w przypadku Konwencji), występuje narastająca zbieżność sposobów, w jaki sędziowie krajowi traktują prawo Unii Europejskiej i Europejską Konwencję, w obu przypadkach podobnie uzasadniając obowiązek przyjaznej wykładni i odmowy zastosowania norm krajowych sprzecznych z normami każdego z tych systemów, jak również budując doktrynę odmowy ograniczania skutku norm prawnych składających się na prawo UE i EKPC¹⁷⁶.

Pojęcie „konstytucjonalizacji” systemów prawa UE i EKPC (w istocie, w obliczu przyszłego przystąpienia UE do EKPC¹⁷⁷, konstytucjonalizacji systemu prawa europejskiego) musi być widziane w perspektywie politycznej, bowiem „konstytucjonalizacja” systemów prawa UE i EKPC oznacza ograniczenie swobody wykonywania władzy państw europejskich i przebudowę krajowych struktur konstytucyjnych. Operując wewnątrz europejskiego systemu konstytucyjnego, ani krajowe władze ustawodawcze, ani też krajowe sądy konstytucyjne nie są już dłużej wyłącznymi deponentami „woli suwerena”. Ich mandat jest obecnie zdefiniowany, z jednej strony, poprzez wolę ich narodów, z drugiej jednak strony i równocześnie, poprzez struktury limitacyjne europejskiego porządku prawnego, na którego zawartość normatywną mają one jedynie ograniczony wpływ. Prawo UE jest bowiem współcześnie (zwłaszcza po wejściu w życie Traktatu z Lizbony, który rozszerzył zastosowanie procedury współdecydowania na nowe obszary stanowienia prawa wtórnego UE) stanowione w oparciu o kwalifikowaną większość głosów, zaś w przypadku systemu Europejskiej Konwencji, decydujące znaczenie modelujące jej zawartość normatywną okazuje się mieć doktryna „żyjącego instrumentu”¹⁷⁸, powodująca, że państwom członkowskim EKPC służy jedynie historycznie zmienny margines swobody oceny. Orzecznictwo Trybunałów Europejskich położyło kamień węgielny pod tak skomponowane środowisko prawne. W przypadku TSUE decydujące znaczenie dla ustalenia skutku norm systemu prawa wspólnotowego (obecnie: prawa UE) miały słynne wyroki w sprawach *Van Gend*¹⁷⁹ i *Costa przeciwko ENEL*¹⁸⁰, które zbudowały fundament dla koncepcji konstytucjonalizmu UE (obok niektórych innych orzeczeń, takich jak *Simmenthal II*¹⁸¹, *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁸², *Von Colson i Kamann*¹⁸³ oraz *Francovich*¹⁸⁴). W przypadku Europejskiej Konwencji, podstawowe znaczenie konstytucyjne miała doktryna

¹⁷⁶ G. Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, European Journal of International Law 2012, vol. 23, nr 2, s. 401-424.

¹⁷⁷ Zob. przedstawiony 5 kwietnia 2013 r. projekt porozumienia w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do EKPC. Zob. też jednak opinię TSUE z 18 grudnia 2014 r. nr 2/13 *on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

¹⁷⁸ „Żyjący instrument” oznacza, że współczesne standardy wspólne dla większości państw-stron są doniosłe dla interpretacji Konwencji, nie zaś takie okoliczności, które występowały w tych państwach w dniu zawarcia/przystąpienia do Konwencji albo też stosunek danego państwa-strony do problemu prawnego będącego przedmiotem osądu (zob. G. Letsas, *The ECHR as a 'Living Instrument': Its Meaning and Legitimacy*, (w:) G. Ulfstein, A. Follesdal i B. Schlütter (red.), *The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013).

¹⁷⁹ Wyrok TSUE z 5 lutego 1963 r. w sprawie nr 26/62 *Van Gend en Loos*.

¹⁸⁰ Wyrok TSUE z 15 lipca 1964 r. w sprawie nr 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL*.

¹⁸¹ Wyrok TSUE z 9 marca 1978 r. w sprawie nr 106/77 *Simmenthal II*.

¹⁸² Wyrok TSUE z 11 grudnia 1970 r. w sprawie nr 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁸³ Wyrok TSUE z 10 kwietnia 1984 r. w sprawie nr 14/83 *Von Colson and Kamann*.

¹⁸⁴ Zob. (przypis 126).

„żyjącego instrumentu”, która pozwoliła ETPC odejść od partykularyzmów poszczególnych krajowych praktyk rozumienia i stosowania prawa i zbudować pluralistyczne (ale w znaczeniu *pluribus unum*) *ius publicum Europaeum*. W ten sposób patrząc, za narodziny konstytucyjnej Europejskiej Konwencji można uznać wyrok w sprawie *Tyrrer*, w którym Trybunał strasburski stwierdził po raz pierwszy, że „Konwencja stanowi żyjący instrument, który (...) musi być interpretowany w świetle realiów współczesności. W przypadku sprawy poddanej obecnie osądowi, Trybunał nie może być postąpić w inny sposób, niż tylko uznać wpływ zmian i powszechnie uznawanych współcześnie standardów w zakresie (...) polityki prowadzonej przez państwa członkowskie Rady Europy”¹⁸⁵. W ramach konstruowania multicytrycznej struktury konstytucyjnej w Europie¹⁸⁶, ETPC podkreśla też subsydiarną rolę własną w systemie Konwencji i pierwszoplanową odpowiedzialność organów krajowych w zapewnieniu efektywnej ochrony praw i wolności chronionych Konwencją¹⁸⁷, a także takąż odpowiedzialność Trybunału Sprawiedliwości UE¹⁸⁸.

2.11. Sądy międzynarodowe jako „trofea polityczne”

Poprowadzenie taktownej dyskusji na temat mechanizmu powoływania sędziów Trybunałów Europejskich jest rzeczą ze wszech miar delikatną. Jednak trzeba wyraźnie stwierdzić, że musiała istnieć intencja, która przyświecała autorom Traktatu z Lizbony, którzy zaproponowali wprowadzenie mechanizmu skoncentrowanych na ocenie merytorycznej kandydatów na sędziów i rzeczników generalnych, konsultacji przeprowadzanych *in camera*¹⁸⁹. Obecnie poprzedzają one polityczną decyzję o powołaniu „za wspólną zgodą” sędziów i rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości, odnosząc się do zagadnienia „odpowiedniości” kandydatów do wykonywania funkcji, które mają im zostać powierzone. W końcu, jakie mogły być inne – niż związane z osłabieniem politycznej determinacji decyzji – powody, dla których wprowadzono obowiązek konsultacji kandydatów z panelem najwyższej klasy fachowców, skoro Traktat stanowi przecież klarownie, że kandydaci muszą być wybierani spośród osób, których niezależność jest niekwestionowana i które posiadają kwalifikacje wymagane do zajmowania najwyższych stanowisk sędziowskich w ich państwach członkowskich, albo które są znawcami prawa o uznanej kompetencji, jak to wynika z art. 255 TFUE? Sędziowie i rzecznicy generalni Trybunału Sprawiedliwości (i Sądu) są powoływani za wspólną zgodą

¹⁸⁵ Wyrok Izby ETPC z 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyrrer v. UK*, pkt 31.

¹⁸⁶ Zob. E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo 2005, nr 4, s. 3; *idem*, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna*, (w:) L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2002, s. 1127; *idem*: *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych* (w:) A. Wróbel (red.), *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2011, a także orzeczenia TK z 11 maja 2005 r. w sprawie K 18/04 i z 16 listopada 2011 r. w sprawie SK 45/09.

¹⁸⁷ Zob. np. wyroki (Wielkiej Izby) ETPC z 13 grudnia 2012 r. w sprawie nr 22689/07, *Souza Ribeiro przeciwko Francji*, pkt 84, czy też (Wielkiej Izby) ETPC z 21 stycznia 2011 r. w sprawie nr 30696/09, *MSS przeciwko Belgii i Grecji*, pkt 287.

¹⁸⁸ Zob. wyrok ETPC (Wielka Izba) z 30 czerwca 2005 r. w sprawie nr 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irland*, pkt 155.

¹⁸⁹ Zob. art. 255 TFUE.

rządów państw członkowskich i mogą być jednokrotnie powołani na kolejną kadencję¹⁹⁰. Komitet działający w oparciu o art. 255 TFUE, któremu powierzono zadanie poufnego konsultowania kandydatów przedstawianych przez państwa członkowskie, okazał się być dość aktywny w wykonywaniu swojej funkcji – do lutego 2013 r. „odrzucał” on pięciu kandydatów *in spe* na stanowiska w TSUE¹⁹¹, w ten sposób „dostarczając użytecznej bariery przed kandydatami, które transparentnie nie spełniają wymaganych standardów”¹⁹². Ponieważ nieoczekiwaną konsekwencją negatywnych opinii Komitetu okazało się to, że dotychczasowi członkowie Trybunału nadal pełnią powierzone im funkcje (i otrzymują nadal wynagrodzenie) do momentu powołania sukcesora, a zarazem nie są im przydzielane nowe sprawy, „Trybunał przyjął pewną metodę miękkiej wykładni statutu TSUE. Polega ona na tym, że w przypadku, kiedy członek Trybunału nie może pełnić swojej funkcji w Trybunale, zaś państwa członkowskie korzystają z rozsądnego czasu na powołanie następcy, członek Trybunału, którego to dotyczy, może skorzystać z uprawnienia do rezygnacji z mandatu zasiadającego członka Trybunału, nawet jeżeli następcą nie objął jeszcze swoich obowiązków”¹⁹³. Warto zauważyć, że taka wykładnia statutu stanowi w istocie modyfikację regulacji przyjętej przez państwa członkowskie i jest ona reakcją na realia ukształtowane przez żywą praktykę Komitetu konsultacyjnego działającego w oparciu o art. 255 TFUE.

Sędziowie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka są wybierani większością głosów przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy z listy trzech kandydatów wskazywanych każdorazowo przez państwo będące stroną Konwencji¹⁹⁴. Ich kadencja trwa 9 lat i nie jest odnawialna. Procedury dotyczące sposobu wyłonienia w każdym z państw trzech kandydatów, spośród których wyboru dokonuje Zgromadzenie Parlamentarne są odmienne w każdym z państw członkowskich.

Dla nakreślenia tła krajowego, warto odnotować, że A. Peri przedstawiła stadium porównawcze mechanizmów powoływania sędziów sądów konstytucyjnych w pięciu jurysdykcjach¹⁹⁵. Wskazuje ono, że we wszystkich porównywanych państwach, z wyjątkiem Zjednoczonego Królestwa, w którym w 2006 r. utworzono tzw. *Judicial Appointments Commission*, nominacje sędziów konstytucyjnych są dokonywane wyłącznie albo co do zasady¹⁹⁶ przez organy polityczne – głowę państwa, izby parlamentu albo przewodniczących tych izb. Kadencje są stosunkowo długie i wynoszą od 9 lat we Francji i Włoszech do kadencji dożywotniej w Stanach Zjednoczonych.

Ponieważ mechanizmy powoływania sędziów TSUE i ETPC są zasadniczo polityczne, można zadać pytanie, czy nie pojawia się wobec tego element traktowania Trybunałów

¹⁹⁰ Inna sytuacja występuje na gruncie decyzji Rady 2004/752/WE, Euratom ustanawiającej Europejski Sąd ds. Służby Cywilnej, zgodnie z którą członkowie Sądu są powoływani przez Radę (art. 3) i mogą być (jednokrotnie) powołani ponownie (art. 2).

¹⁹¹ N. Jääskinen, *Through Difficulties towards New Difficulties – Wandering in the European Judicial Landscape*, przemówienie wygłoszone 15 lutego 2013 r. w londyńskim King's College, s. 2, źródło: <http://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Kings-College-Jaaskinen.pdf>, dostęp 31 sierpnia 2014 r.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*, s. 3.

¹⁹⁴ Artykuł 22 EKPC.

¹⁹⁵ A. Peri, *Judicial independence vs. judicial accountability. Judicial selection models for Constitutional Courts. A comparative analysis*, *Comparative Law Review* 2012, vol. 3, nr 1, s. 1-30.

¹⁹⁶ We Włoszech 5 spośród 15 członków *Corte Costituzionale* jest powoływanych przez sądy najwyższych instancji.

(i stanowisk sędziowskich w tych Trybunałach) jako trofeów politycznych. To pytanie wydaje się „niedelikatne” w Europie, jednak w Stanach Zjednoczonych jest ono stawiane otwarcie w odniesieniu do Sądu Najwyższego i doczeka się pozytywnej odpowiedzi¹⁹⁷. W piśmiennictwie odnoszącym się do Trybunałów Europejskich teza ta została postawiona przez E. Voetena, przy czym nie sprowadza się ona rzecz jasna do uznania, że państwa będące Stronami Konwencji dokonują politycznych nominacji sędziów Trybunałów Europejskich, rozumianych jako „zdobywanie posad”, lecz że dokonują one świadomego wyboru kandydatów na sędziów ETPC kierując się aktywistycznym albo wstrzemięźliwym nastawieniem kandydatów do zagadnień ochrony praw i wolności człowieka. Zdaniem E. Voetena, państwa UE i aspirujące do UE, a także te o lewicowych rządach, świadomie proponują sędziów o aktywistycznym nastawieniu interpretacyjnym, aby umocnić ochronę praw fundamentalnych. Decyzja o nominacji nie jest więc, jego zdaniem, pochodną jakichś wewnętrznych rozgrywek politycznych albo prostej oceny dorobku zawodowego kandydata, ale świadomym wyborem kierunku orzekania, którego pożąda nominujące państwo (władza polityczna)¹⁹⁸. W tym znaczeniu „trofeum polityczne” należy rozumieć jako osiągnięcie wpływu na przyszły kierunek orzekania przez Trybunał.

Warto zauważyć, że kierując się logiką S. Dothana i E. Voetena należałoby dojść do wniosku, iż nowe państwa członkowskie Konwencji, polepszając swoją reputację w zakresie ochrony praw człowieka, prawdopodobnie powinny w przyszłości nominować sędziów o silniej aktywistycznym nastawieniu do ochrony praw podstawowych. To zaś powinno skutkować wzmocnieniem trendu aktywistycznego (wzmacniającego mechanizm ochrony praw fundamentalnych) w orzecznictwie ETPC.

2.12. Sądy międzynarodowe jako ponadnarodowe instytucje ochrony suwerenności państw

Jak zauważyła K. J. Alter, sądy międzynarodowe mogą „chronić suwerenność, bo wykonując swoje role kontroli administracyjnej albo konstytucyjnej, sądy międzynarodowe zapewniają system kontroli wykonywania władzy ponadnarodowej”¹⁹⁹. Ich pierwotna rola, sprowadzająca się do rozstrzygania sporów, stopniowo przekształcała się w kierunku realizacji wszystkich czterech ról, jakie sądy międzynarodowe pełnią współcześnie: obok rozstrzygania sporów, chodzi tu również o kontrolę administracyjną (a właściwie: aktów administracyjnych), realizację odpowiedzialności karnej i kontrolę konstytucyjną²⁰⁰.

Stwierdzenie to należy uznać za właściwe również w odniesieniu do ETPC i TSUE. Trybunał Sprawiedliwości zbudował cały korpus kluczowych orzeczeń dotyczących podziału kompe-

¹⁹⁷ Zob. np. D. R. Stras, R.W. Scott, *Navigating the New Politics of Judicial Appointments*, Northwestern University Law Review 2008, vol. 102, nr 4, s. 1-49; L. Epstein, J.A. Segal, *Advice and Consent: the Politics of Judicial Appointments*, Oxford 2005.

¹⁹⁸ Zob. np. E. Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization 2007, vol. 61, s. 669-701.

¹⁹⁹ K. J. Alter, *The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review*, Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Papers 2012, nr 212, s. 21.

²⁰⁰ W ten sposób: K. J. Alter, *Delegating Sovereignty to International Courts*, źródło: <http://law.duke.edu/cicl/pdf/dsworkshop/alter.pdf>, s. 1-2/ dostęp 31.08.2014 r.

tencji pomiędzy Unią i jej państwa członkowskie²⁰¹, który został następnie inkorporowany do Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej²⁰². Europejski Trybunał Praw Człowieka rozwinął natomiast koncepcję marginesu swobody oceny, która jest „oparta na założeniu, że każde społeczeństwo ma prawo do pewnej elastyczności w wyważaniu praw jednostek i interesu ogólnego, jak również w rozwiązywaniu konfliktów występujących w rezultacie różnych przekonań moralnych”²⁰³. Doktrynę tę stosują również inne sądy międzynarodowe (względnie sędziowie wchodzący w skład tych sądów, formułujący zdania odrębne), jak MTS w sprawie *LaGrand*²⁰⁴ (odnosząc się do sposobu realizacji przez Stany Zjednoczone obowiązków wynikających z Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych), czy też Komitet Praw Człowieka ONZ w sprawie *Hertzberg*²⁰⁵ (czyniąc, nieco zresztą zastanawiający ze współczesnej perspektywy wywód na temat moralności społecznej w kontekście publicznej debaty na temat homoseksualizmu)²⁰⁶. Doktryna marginesu swobody oceny jest charakteryzowana przez dwa elementy: pierwszy odnosi się do wstrzemięźliwości sędziowskiej polegającej na uwzględnieniu pewnej swobody państw w realizacji ich zobowiązań międzynarodowych, drugi zaś dotyczy elastyczności normatywnej, która wynika z niedookreśloności norm prawa międzynarodowego²⁰⁷. Definicja „interesu ogólnego”, jako czynnika uwzględnianego w ustalaniu szerokości marginesu swobody oceny, może być różna, zależnie od pewnych zróżnicowanych wyborów, których dokonuje się ze względów o czysto politycznej proveniencji. Konsekwentne udzielenie przez sądy międzynarodowe ochrony swobodzie dokonywania tego rodzaju wyborów wydaje się niczym innym, jak właśnie – *volens nolens* – strzeżeniem suwerenności państw, jakkolwiek motywacja sądów międzynarodowych wynika w tym przypadku raczej z potrzeby ochrony autorytetu ich orzecznictwa, niż z troski o suwerenność państw.

3. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że sądy międzynarodowe – których praktykę przedstawiono kładąc szczególny nacisk na decyzje dwóch z nich, co prawda o odmiennej pod pewnymi względami naturze, tj. na przykładzie Trybunałów Europejskich – realizują rolę polityczną. Nadmiernym uproszczeniem byłoby jednak twierdzenie, że rola ta polega po prostu na aktywnym nastawieniu wykładni stosowanej przez sądy międzynarodowe. Teza taka byłaby błędna choćby z tego względu, że również wstrzemięźliwe nastawienie interpretacyjne może być manifestacją politycznej roli. Wypadnie uznać, że w sposób immanentny sądy te realizują rolę polityczną, bo stosunki międzynarodowe ze swej natury mają charakter polityczny, zaś

²⁰¹ Zob. np. opinia TSUE z 15 listopada 1994 r. nr 1/94, opinia TSUE z 28 marca 1996 r. nr 2/94.

²⁰² Zob. art. 2-6 TFUE.

²⁰³ O. Bakircioglu, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, German Law Journal 2007, vol. 8, nr 7, s. 711.

²⁰⁴ Wyrok MTS z 27 czerwca 2001 r. w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001, s. 492.

²⁰⁵ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z 2 kwietnia 1982 r. w sprawie *Leo R. Hertzberg et al. v. Finland*, Communication No. 61/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1; źródło: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/newscans/61-1979.html/> dostęp 27.11.2014 r.

²⁰⁶ Szeroko nt. odwołań organów międzynarodowych do doktryny marginesu swobody oceny zob. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 433-441.

²⁰⁷ W ten sposób Y. Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, European Journal of International Law 2006, vol. 16, nr 5, s. 909-910.

sądy międzynarodowe są ich aktywnymi uczestnikami i współkreatorami: są instytucjami *par excellence* politycznymi.

Wśród przejawów politycznej roli sądów międzynarodowych można wskazać:

a) polityczne okoliczności ich utworzenia i polityczna motywacja towarzysząca określeniu ich jurysdykcji,

b) polityczna responsywność sądów międzynarodowych oznaczająca, że sądy te dokonują jurydycznej odpowiedzi na zdarzenia polityczne, niejako „dialogując” z otaczającym je środowiskiem politycznym i reagując na zachodzące w nim zdarzenia,

c) polityczną motywację determinującą treść zapadających orzeczeń, rozumianą jednak nie jako pewna polityczna stronniczość tych orzeczeń, wynikająca z takich czy innych poglądów politycznych sędziów, lecz jako motywacja będąca rezultatem w pełni świadomej „polityki orzeczniczej”, podporządkowanej osiągnięciu celów o charakterze prawnym,

d) polityczną motywację sędziów sądów międzynarodowych, która może być również rezultatem mechanizmów ich powoływania,

e) wzbudzanie *stricte* politycznej reakcji przez orzeczenia sądowe,

f) formułowanie orzeczeń sądowych jako reakcji na trwające procesy polityczne, jednak nie w sposób doraźny (jak to jest w przypadku responsywności politycznej), ale w sposób systematyczny, w celu osiągnięcia z góry zamierzonych rezultatów,

g) katalizowanie zdarzeń politycznych przez decyzje sądów międzynarodowych, w tym również kształtowanie w ten sposób, w ostatecznym rezultacie wywołanych w ten sposób procesów politycznych, treści prawa międzynarodowego; instrumentem temu służącym jest świadome zastosowanie, albo równie świadoma odmowa zastosowania, doktryny *political question*,

h) pełnienie przez sądy międzynarodowe funkcji limitacyjnej wobec międzynarodowej władzy politycznej, będące przejawem realizowanej funkcji sądów konstytucyjnych (polegającej na równoważeniu i ograniczeniu władzy politycznej za pomocą argumentacji jurydycznej),

i) katalizowanie procesów konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego (w tym europejskiego), który to proces jest polityczny *per se*,

j) wpływanie, poprzez określone nominacje sędziów sądów międzynarodowych, na zmianę kierunku wykładni stosowanej przez te sądy, a w rezultacie – poprzez trwające stale procesy konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, czy też, w tym przypadku, europejskiego – na kształt obowiązującego prawa,

k) strzeżenie suwerenności państw poprzez orzecznictwo chroniące kompetencje państw czy służący im „margines swobody oceny”.

Jak wynika z powyższego – zapewne niewyczerpującego – wyliczenia, rola polityczna sądów międzynarodowych nie może być sprowadzana do prostej konstatacji, że ujawnia się ona tam, gdzie sądy te są aktywistyczne. Rola ta ma bowiem dużo bardziej złożony charakter i liczne manifestacje na różnych płaszczyznach. Jej zakres jest przy tym na tyle szeroki, że wydaje się wywoływać również inny, równoległy proces jurydyzacji polityki. Polityka przenosi się niejednokrotnie z gabinetów dygnitarzy do sal sądowych, a stosowana w niej argumentacja staje się coraz bardziej prawną. Nie wydaje się, aby było to zjawisko szkodliwe. Przeciwnie, współczesne wydarzenia (np. kryzys ukraiński) pokazują, że niepokój opinii publicznej wywołują przypadki, w których powraca się do argumentu siły, odchodząc od stosowania argumentów jurydycznych. Sala sądowa jawi się więc współcześnie jako najbardziej oczywiste

i najbardziej pożądane – z punktu widzenia pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego – forum rozwiązywania politycznych sporów. Nie można się więc dziwić, że i sądy międzynarodowe stają się coraz bardziej politycznymi agorami, a przynajmniej, że w ten sposób coraz częściej bywają postrzegane. Nie wydaje się też, aby ten proces można było powstrzymać, ani też, aby powstrzymywanie go było pożądane.

Literatura

1. Alben E., Reif T., *Homage to a Bull Moose III: striking the correct balance between political governance and judicialization in the WTO*, (w:) G. Sacerdoti i in. (red.), *The WTO At Ten*, Cambridge 2006
2. Alter K. J., *Delegating Sovereignty to International Courts*, <http://law.duke.edu/cicl/pdf/dsworkshop/alter.pdf>
3. Alter K. J., *The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review*, Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Papers 2012, nr 212
4. Alter K. J., *The European Court's Political Power Across Time and Space*, Northwestern University School of Law Scholarly Commons, Faculty Working Paper 2009, nr 175
5. Amato G., Ziller J., *The European Constitution. Cases and Materials in EU and Member States' Law*, Cheltenham 2007
6. Bakircioglu O., *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, German Law Journal 2007, vol. 8, nr 7
7. Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton 2006
8. Barents R., *The Autonomy of Community Law*, The Hague 2004
9. Bates E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford 2010
10. Bhala R., *The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication*, George Washington International Law Review 2001
11. Bierzanek R., *Some Remarks on the Function of International Courts in the Contemporary World*, Polish Yearbook of International Law 1975, vol. VII
12. Blauberger M., *With Luxembourg in Mind... The Remaking of National Policies in the Face of ECJ Jurisprudence*, Journal of European Public Policy 2012, vol. 19, nr 1
13. Bogucka I., *Funkcje prawa*, Zakamycze 2000
14. Borucka-Arctowa M., *Z zagadnień społecznego oddziaływania prawa*, Kraków 1962
15. Bradley C. A., *Enforcing the Avena Decision in U.S. Courts*, Harvard Journal of Law and Public Policy 2006, vol. 30, nr 1
16. Bruinsma F. J., *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, Ancilla Iuris 2008, nr 32
17. Calliess Ch., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, (w:) D. Ehlers (red.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin 2007
18. Caron D. D., *Towards a Political Theory of International Courts and Tribunals*, Berkeley Journal of International Law 2006, vol. 24, nr 2
19. Cho S., *Constitutional Adjudication in the World Trade Organization*, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper
20. Colneric N., *Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities*
21. Craig P., de Búrca G., *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford 2011
22. Crowley S. P., Jackson J.H., *WTO Dispute Procedures, Standard of Review and Deference to National Governments*, American Journal of International Law 1996, vol. 90
23. Czapliński W., *Kilka uwag o możliwości wycofania się przez Polskę z protokołu polsko-brytyjskiego*, Studia Europejskie 2012, nr 1
24. Czepek J., *Glosa do wyroku Wielkiej Izby ETPC z 21 października 2013 r. w sprawie Janowiec i in., skargi nr 55508/07 i 29520/09*, Lex/el. 2013
25. David F., *The Role of Precedent in the WTO – New Horizons?*, Maastricht Working Papers 2009, nr 12

26. Dijk P. van, Hoof G.J.H. van, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht 1998
27. Dothan S., *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, University of Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper 2011, vol. 12, nr 1
28. Dybowski M., *Prawa fundamentalne w orzecznictwie ETS*, Warszawa 2007
29. Elsuwege S. Van, *Law versus Politics: The Limits of Judicial Review in EU External Relations*, Working Paper Annual Legal Research Network Conference 2010
30. Epstein L., Segal J. A., *Advice and Consent: the Politics of Judicial Appointments*, Oxford 2005
31. Everlich U., *The Position of the Court of Justice of the European Communities in its Institutional System*, Polish Yearbook of International Law 1991/1992, vol. 19
32. Federico G. Di (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York 2011
33. Filipin M., *A change for future intra-European diplomatic relations? Case C-364/10 Hungary v. Slovakia*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2013, vol. 20, nr 1
34. Gaay Fortman B. de, *'Adventurous' judgments. A comparative exploration into human rights as a moral-political force in judicial law development*, Utrecht Law Review 2006, vol. 2
35. Garrett G., Kelemen R.D., Schulz H., *The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union*, International Organization 1998, vol. 52, nr 1
36. Ghias S. A., *International Judicial Lawmaking: a Theoretical and Political Analysis of the WTO Appellate Body*, Berkeley Journal of International Law 2006, vol. 24, nr 2
37. Ginsburg T., *Courts and New Democracies: Recent Works*, Public Law and Legal Theory Working Paper, Chicago Law School 2012, nr 388
38. Górski M., *Skutek Karty praw podstawowych Unii Europejskiej po wejściu w życie traktatu z Lizbony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, (w:) Półtorak N., Dudzik S., *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013
39. Gray Ch., *International Law and the Use of Force*, Oxford 2008
40. Hannum H., *The Advisory Opinion on Kosovo: An Opportunity Lost, or a Poisoned Chalice Refused?*, Leiden Journal of International Law 2011, nr 24
41. Herzog R., Gerken L., *Stoppt den Europäischen Gerichtshof*, Frankfurter Allgemeine Zeitung z 8 września 2008 r.
42. Higgins R., *Policy Considerations and the International Judicial Process*, International and Comparative Law Quarterly 1968, vol. 17, nr 1
43. Hirsch M., *The Impact of the Advisory Opinion on Israel's Future Policy: International Relations Perspective*, Journal of International Law and International Relations 2005, vol. 1
44. Hoffman S., *a World Divided and a World Court Confused: The World Court's Advisory Opinion on UN Financing*, (w:) R.S. Wood (red.), *The Process of International Organization*, New York 1971
45. Jääskinen N., *Through Difficulties towards New Difficulties – Wandering in the European Judicial Landscape*, przemówienie wygłoszone 15 lutego 2013 r., źródło: <http://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/Kings-College-Jaaskinen.pdf>, s. 2/ dostęp 31.08.2014 r.
46. Jackson J.H., *Dispute Settlement in the WTO: Policy and Jurisprudential Considerations*, Research Seminar in International Economics. The University of Michigan, Michigan 1998, nr 419

47. Jacobs D., Radi Y., *Waiting for Godot: an Analysis of the Advisory Opinion on Kosovo*, *Leiden Journal of International Law* 2011, nr 24
48. Jacobs F. G., *Citizenship of the European Union – a Legal Analysis*, *European Law Journal* 2007, vol. 13, nr 5
49. Jacobs F., *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court*, (w:) D. Curtin, D. O'Keeffe, *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Dublin 1992
50. Jasiński F., *Karta Praw Podstawowych: struktura, zakres regulacyjny i dotychczasowe znaczenie w praktyce*, (w:) J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008
51. Kokott J., Sobotta Ch., *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance*, *European Journal of International Law* 2012, vol. 23 nr 4
52. Kooijmans P., *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy*, *International and Comparative Law Quarterly* 2007, nr 56
53. Kornobis-Romanowska D., *Charter of Fundamental Rights in the Legal and Political Practice of EU Institutions*, *Polish Yearbook of International Law* 2002-2003, vol. 26
54. Kratochvíl J., *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, *Netherland Quarterly of Human Rights* 2011, vol. 29, nr 3
55. Lauterpacht H., *The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law*, *British Yearbook of International Law* 1931, nr 53
56. Lenaerts K., *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, *Fordham International Law Journal* 2011, vol. 33, nr 5
57. Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, *Państwo i Prawo* 2005, nr 4
58. Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna*, (w:) L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2002
59. Łętowska E., *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych*, (w:) A. Wróbel (red.), *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, Warszawa 2011
60. Letsas G., *The ECHR as a 'Living Instrument': Its Meaning and Legitimacy*, (w:) Ulfstein G., Follesdal A., Schlütter B. (red.), *The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013
61. Maas W., *The Evolution of EU Citizenship*, *Memo for Princeton workshop on The State of the European Union* 2005, vol. 8
62. Mahoney P., *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, *Human Rights Law Journal* 1990, vol. 11, nr 1-2
63. Martinico G., *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? a Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, *European Journal of International Law* 2012, vol. 23, nr 2
64. Maveety N. L., *The Pioneers of Judicial Behaviour*, Michigan 2003
65. Meyer S. J., *The Constitutional Potential of the European Court of Human Rights*, *National University of Juridical Sciences Law Review* 2012, vol. 5
66. Möschel M., *Germany's Life Partnerships: Separate and Unequal*, *Columbia Journal of European Law* 2009, vol. 16
67. Nowicki M. A., *Janowiec i inni przeciwko Rosji - wyrok ETPC z dnia 21 października 2013 r., skargi nr 55508/07 i 29520/09*, (w:) M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2013*, LEX/el. 2014
68. Ortino F., Petersmann E. U., *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague 2004, s. 97;

69. J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2003
70. Palmeter D., P. Mavroidis, *The WTO Legal System – Sources of Law*, American Journal of International Law 1998
71. Pardo I., *Morals of Legitimacy. Between Agency and System*, New Directions in Anthropology 2000, vol. 12
72. Peri A., *Judicial independence vs. judicial accountability. Judicial selection models for Constitutional Courts. A comparative analysis*, Comparative Law Review 2012, vol. 3, nr 1
73. Petersmann E. U., *Addressing Institutional Challenges to the WTO in the New Millennium: a Longer-Term Perspective*, Journal of International Economic Law 2005, vol. 8, nr 3
74. Petersmann E. U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1987
75. Petersmann E. U., *European and International Constitutional Law: Time for Promoting 'Cosmopolitan Democracy' in the WTO*, (w:) G. De Burca, J. Scott (red), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford 2001
76. Petersmann E. U., *Human Rights and the Law of the World Trade Organization*, Journal of World Trade 2003, vol. 37, nr 2
77. Piana D., Guarnieri C., *Bringing the Outside inside. Macro and Micro Factors to Put the Dialogue among Highest Courts into its Right Context*, <http://www.Utrechtlawreview.org> 2012, vol. 8, nr 2
78. Puppinck G., *The Case of Lautsi v. Italy: a Synthesis*, Brigham Young University Law Review 2012
79. Quigley J., *The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: reasons and consequences*, Duke Journal of International and Comparative Law 2009, vol. 19,
80. Rai S., *Doctrine of Precedent in WTO*, s. 2, źródło: idas.repec.org/p/ess/wpaper/id787.html/ dostęp 31.08.2014 r.
81. San José D. G., *Environmental protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2005
82. Schachter O., *Disputes Involving the Use of Force*, (w:) L. F. Damrosch, *The International Court of Justice at Crossroads*, New York 1987
83. Scobbie I., *Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine*; European Journal of International Law 2005, vol. 16, nr 5
84. Scott J., Sturm S., *Court as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance*, Columbia Journal of European Law 2006, vol. 13
85. Seidman L. M., *The Secret Life of the Political Question Doctrine*, John Marshall Law Review 2003-2004, nr 441
86. Shapiro M., *Courts: a Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986
87. Shapiro M., *Judicialization of Politics in the United States*, International Political Science Review 1994, vol. 15, nr 2
88. Shaw J., *EU Citizenship and the Edges of Europe*, CITZOB Working Paper Series, Working Paper 2012, nr 19
89. Shany Y., *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, *European Journal of International Law* 2006, vol. 16, nr 5
90. Statement by the UN High Commissioner for Human Rights *Five years on, Israel continues to disregard the International Court of Justice's Advisory Opinion on the Wall* – źródło: www.unispal.un.org/ dostęp 31.08.2014 r.

91. Steinberg R. H., *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional and Political Constraints*, American Journal of International Law 2004, vol. 98, nr 2
92. Stone Sweet A., *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Yale Law School Faculty Scholarship, Faculty Scholarship Series 2009, vol. 1, nr 1
93. Stone Sweet A., *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009, vol. 80
94. Stras D. R., Scott R. W., *Navigating the New Politics of Judicial Appointments*, Northwestern University Law Review 2008, vol. 102, nr 4
95. Sugihara S., *The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues*, (w:) A. S. Muller, D. Raič, J. M. Thuránszky, *The International Court of Justice. Its Future Role After Fifty Years*, The Hague 1997
96. Thirlway H., *The International Court of Justice*, (w:) M. D. Evans (red.), *International Law*, Oxford 2003
97. Ventura M., *Law and Religious Issues in Strasbourg and Luxembourg, The Virtues of European Courts*, EUI 2011, źródło: <http://www.eui.eu/Projects/ReligioWest/Documents/conferencePapers/Ventura.pdf/> dostęp 31.08.2014 r.
98. Vesterdorf B., *A Constitutional Court for the EU*, International Journal of Constitutional Law 2006, vol. 4, nr 4
99. Voeten E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, American Political Science Review 2008, vol. 102, nr 4
100. Voeten E., *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization 2007, vol. 61
101. Waele H. de, *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment*, Hanse Law Review 2010, vol. 6, nr 1
102. Walter Ch., *History and Development of European Fundamental Rights and Freedoms*, (w:) D. Ehlers, *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin 2007
103. Wet E. de, *The Role of European Courts in Reviewing Conflicting Obligations Under International Law*, International Organizations Law Review 2008, nr 5
104. Wet E. de, *The Role of European Courts in the Development of a Hierarchy of Norms within International Law: Evidence of Constitutionalisation*, European Constitutional Law Review 2009, vol. 5, nr 2
105. Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008
106. Wyrozumka A., *Znaczenie prawne zmiany statusu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej w Traktacie Lizbońskim oraz Protokołu polsko-brytyjskiego*, Przegląd Sejmowy 2008, nr 2
107. Zarbiyev F., *Judicial Activism in International Law – a Conceptual Framework for Analysis*, Journal of International Dispute Settlement 2012, vol. 3, nr 2
108. Ziegler K. S., *International law and EU law: between asymmetric constitutionalisation and fragmentation*, (w:) A. Orakhelashvili (red.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, University of Oxford Legal Research Paper Series 2011, Paper nr 61

Orzecznictwo

1. Wyrok **ETPC** z z 27 marca 1962 r. w sprawie nr 214/56, *de Becker v. Belgium*
2. Wyrok ETPC z z 21 lutego 1975 r. w sprawie nr 4451/70, *Golder v. UK*
3. Wyrok ETPC z 7 grudnia 1976 r. w sprawie, *Handyside v. UK*
4. Wyrok ETPC z 18 stycznia 1978 r. w sprawie nr 5310/71, *Ireland v. UK*

5. Wyrok ETPC z 25 kwietnia 1978 r. w sprawie nr 5856/72, *Tyler v. UK*
6. Wyrok ETPC z 13 maja 1980 r. w sprawie w sprawie nr 6694/74, *Artico v. Italy*
7. Wyrok ETPC z 6 maja 1981 r. w sprawie nr 7759/77, *Buchholz v. Germany*
8. Wyrok ETPC z 29 maja 1986 r. w sprawie nr 9384/81, *Deumeland v. Germany*
9. Wyrok ETPC z 23 kwietnia 1987 r. w sprawie nr 17/1986/115/163, *Poiss v. Austria*
10. Wyrok ETPC z 29 marca 1989 r. w sprawie nr 11118/84, *Bock v. Germany*
11. Decyzja Komisji Praw Człowieka z 3 maja 1993 r. w sprawie nr 16278/90, *Karaduman v. Turkey*
12. Wyrok ETPC (pełny skład) z 23 czerwca 1993 r. w sprawie nr 12952/87, *Ruiz-Mateos v. Spain*
13. Wyrok ETPC z 9 czerwca 1998 r. w sprawie nr 22496/93, *Tekin v. Turkey*
14. Wyrok ETPC z 4 kwietnia 2000 r. w sprawie nr 26629/95, *Witold Litwa v. Poland*
15. Wyrok ETPC z 15 lutego 2001 r. w sprawie nr 42393/98, *Dahlab v. Switzerland*
16. Wyrok ETPC z 13 czerwca 2002 r. w sprawie nr 38361/97, *Angelova v. Bulgaria*
17. Wyrok ETPC z 30 marca 2004 r. w sprawie nr 74025/01, *Hirst v. UK (no. 2)*
18. Wyrok ETPC z 17 czerwca 2004 r. w sprawie nr 58278/00, *Ždanoka v. Latvia*
19. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 30 czerwca 2005 r. w sprawie nr 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*
20. Wyrok ETPC z 14 listopada 2008 r. w sprawie nr 21586/02, *Akhmadov v. Russia*
21. Wyrok ETPC z 12 marca 2009 r. w sprawach nr 27238/03 i 35078/04, *Dzhambekova et al. v. Russia*
22. Wyrok ETPC z 9 kwietnia 2009 r. w sprawie nr 1586/05, *Dzhabrailova v. Russia*
23. Wyrok ETPC z 3 listopada 2009 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*
24. Wyrok ETPC z 2 marca 2010 r. w sprawie nr 13102/02, *Kozak v. Poland*
25. Wyrok ETPC z 24 czerwca 2010 r. w sprawie nr 30141/04, *Schalk i Kopff v. Austria*
26. Wyrok ETPC z 2 listopada 2010 r. w sprawie nr 3976/05, *Şerife Yiğit v. Turkey*
27. Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r. w sprawie nr 34932/04, *Rolandas Paksas v. Lithuania*
28. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 21 stycznia 2011 r. w sprawie nr 30696/09, *M. S. S. v. Belgium an Greece*
29. Wyrok ETPC z z 3 lutego 2011 r. w sprawie nr 37345/03, *Kharin v. Russia*
30. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 18 marca 2011 r. w sprawie nr 30814/06, *Lautsi v. Italy*
31. Wyrok ETPC z 5 lipca 2011 r. w sprawie nr 18990/05, *Wizerkaniuk v. Poland*
32. Wyrok ETPC z 18 października 2011 r. w sprawie nr 38047/04, *Shuvalov v. Russia*
33. Wyrok ETPC z 8 listopada 2011 r. w sprawie nr 22485/05, *Filatov v. Russia*
34. Wyrok ETPC z 16 kwietnia 2012 r. w sprawie nr 55508/07 i 29520/09, *Janowiec and others v. Russia*
35. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 22 maja 2012 r. w sprawie nr 126/05, *Scoppola v. Italy (No. 3)*
36. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 19 października 2012 r. w sprawach nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06, *Catan and others v. Moldova and Russia*
37. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 13 grudnia 2012 r. w sprawie nr 22689/07, *Souza Ribeiro v. France*
38. Wyrok ETPC z 25 czerwca 2013 r. w sprawie nr 18540/04, *Acatrinei v. Romania*
39. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 9 lipca 2013 r. w sprawie nr 2330/09, *Sindicatul Păstorul cel Bun v. Romania*
40. Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 21 października 2013 r. w sprawach nr 55508/07 i 29520/09, *Janowiec and others v. Russia*
41. Wyrok ETPC z 24 lipca 2014 r. w sprawach nr 28761/11, *Al. Nashiri v. Poland* oraz nr 7511/13, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*

42. Opinia **Komitetu Praw Człowieka ONZ** w sprawie nr 61/1979, *Leo R. Hertzberg et al. v. Finland*
43. Wyrok **MTS** w sprawie *Corfu Channel* (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports 1949
44. Wyrok MTS w sprawie *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), ICJ Reports 1951
45. Wyrok MTS w sprawie *Fisheries jurisdiction* (Germany v. Iceland), Jurisdiction of the Court, ICJ Reports 1973
46. Wyrok MTS w sprawie *Nuclear Tests* (New Zealand v. France), ICJ Reports 1974
47. Wyrok MTS w sprawie *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), ICJ Reports 1980
48. Wyrok MTS w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, ICJ Reports 1986
49. Wyrok MTS w sprawie *East Timor* (Portugal v. Australia), ICJ Reports 1995
50. Wyrok MTS w sprawie *Kasikili/Sedudu Island* (Bostwana v. Namibia), ICJ Reports 1999
51. Wyrok MTS w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America), ICJ Reports 2001
52. Wyrok MTS w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), ICJ Reports 2004
53. Opinia doradcza MTS w sprawie *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)*, ICJ Reports 2010
54. Wyrok **TSUE** z 5 lutego 1963 r. w sprawie nr 26/62 *Van Gend en Loos*
55. Wyrok TSUE z 15 lipca 1964 r. w sprawie nr 6/64 *Flaminio Costa v. ENEL*
56. Wyrok TSUE z 12 listopada 1969 r. w sprawie nr 26/69 *Erich Stauder v. City of Ulm*
57. Wyrok TSUE z 17 grudnia 1970 r. w sprawie nr 11/70 *Intenationale Handelsgesellschaft*
58. Wyrok TSUE z 9 marca 1978 r. w sprawie nr 106/77 *Simmenthal II*
59. Wyrok TSUE z 10 kwietnia 1984 r. w sprawie nr 14/83 *Von Colson and Kamann*
60. Wyrok TSUE z 23 kwietnia 1986 r. w sprawie nr 294/83 *Partie Écologiste „Les Verts” v. European Parliament*
61. Wyrok TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych nr C-6/90 i C-9/90 *Francovich and others v. Italy*
62. Opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. nr 1/91 dotycząca Porozumienia EOG
63. Opinia TSUE z 15 listopada 1994 r. nr 1/94 dotycząca zawarcia Porozumienia o utworzeniu WTO
64. Opinia TSUE z 28 marca 1996 r. nr 2/94 dotycząca przystąpienia Wspólnoty do EPKC
65. Decyzja Prezesa Trybunału Sprawiedliwości z 29 czerwca 1994 r. w sprawie nr C-120/94 *Commission v. Hellenic Republic*
66. Wyrok TSUE z 31 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-122/99 P i C-125/99 P., *D. i Szwecja przeciwko Radzie*
67. Wyrok TSUE z 20 września 2001 r. w sprawie nr C-184/99 *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve*
68. Decyzja Prezesa Trybunału Sprawiedliwości z 18 października 2002 r. w sprawie nr C-232/02 P(R) *Commission v. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*
69. Wyrok TSUE z 10 lipca 2003 r. w sprawie nr C-15/00 *Commission v. European Investment Bank*
70. Wyrok TSUE z 30 września 2003 r. w sprawie nr C-224/01 *Köbler v. Austria*
71. Wyrok TSUE z 27 czerwca 2006 r. w sprawie nr C-540/03 *Parliament v. Council*

72. Wyrok TSUE z 12 września 2006 r. w sprawie nr C-145/04 *Hiszpania v. Zjednoczone Królestwo*
73. Wyrok TSUE z 18 grudnia 2007 r. w sprawie nr C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*
74. Wyrok TSUE z 3 września 2008 r. w sprawach połączonych nr C-402 i 415/05P *Kadi and Al Barakaat International Found v. Council and Commission*
75. Wyrok TSUE z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie nr C-267/06 *Tadao Maruko*
76. Wyrok TSUE z 8 marca 2011 r. w sprawie nr C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano przeciwko Office national de l'emploi*
77. Wyrok TSUE z 5 maja 2011 r. w sprawie nr C-434/09 *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*
78. Wyrok TSUE z 15 listopada 2011 r. w sprawie nr C-256/11 *Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*
79. Wyrok TSUE z 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych nr C-411/10 i C-493/10 *N.S. przeciwko Secretary of State for the Home Department i M.E. et al. v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*
80. Wyrok TSUE z 1 października 2012 r. w sprawie nr C-364/10 *Hungary v. Slovakia*
81. Wyrok TSUE z 7 maja 2013 r. w sprawie nr C-617/10 *Åkerberg Fransson*
82. Opinia Rzecznika Generalnego N. Wahla z 29 maja 2013 r. w sprawie nr C-101/12 *Herbert Schaible v. Land Baden-Württemberg*
83. Postanowienie TSUE z 28 listopada 2013 r. w sprawie nr C-258/13 *Sociedade Agrícola e mobiliária da Quinta de S. Paio*
84. Wyrok TSUE z 27 marca 2014 r. w sprawie nr C-265/13 *Emiliano Torralbo Marcos*
85. Opinia TSUE z 18 grudnia 2014 r. nr 2/13 *on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*
86. Raport organu odwoławczego **WTO** z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie nr WT/DS344/AB/R, *US – Final Anti-dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*
87. Raport organu odwoławczego WTO z 22 października 2001 r. w sprawie nr WT/DS./58/AB/R
88. Raport organu odwoławczego WTO z 12 marca 2001 r. w sprawie nr WT/DS/141/AB/R
89. Raport organu odwoławczego WTO z 23 stycznia 2007 r. w sprawie nr WT/DS322/AB/R
90. Raport organu odwoławczego WTO z 30 kwietnia 2008 r. w sprawie nr WT/DS344/AB/R
91. Raport organu odwoławczego WTO z 6 listopada 1998 r. w sprawie nr WT/DS58/AB/R
92. Wyrok Sądu Najwyższego **USA** z 24 lutego 1803 r. w sprawie *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)
93. Wyrok Sądu Najwyższego USA z 26 marca 1962 r. w sprawie *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), 217.
94. Uchwała Sądu Najwyższego **Rzeczypospolitej Polskiej** z 28 listopada 2012 r. w sprawie nr III CZP 65/12
95. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej z 11 maja 2005 r. w sprawie nr K 18/04
96. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej z 16 listopada 2011 r. w sprawie nr SK 45/09

Suplement do rozdziału 2.4.

Wyroki Wielkiej Izby z lat 1994-2013 krytykowane w opiniach odrębnych jako:

	„Aktywistyczne” ²⁰⁸	Jednocześnie aktywistyczne i wstrzemięźliwe	„Wstrzemięźliwe” ²⁰⁹
1.	CASE OF JERSILD v. DENMARK, 23 rd September 1994, (Application no. 15890/89), Hate speech – violation of Article 10 Dissenting opinions: RYSSDAL, BERNHARDT, SPIELMANN AND LOIZOU + GÖLCÜKLÜ, RUSSO AND VALTICOS	CASE OF JOHN MURRAY v. THE UNITED KINGDOM, 8 th February 1996 (Application no. 18731/91) Right to fair trial (for person suspected of terrorism) – right of the accused to remain silent – no violation of Article 6 – right of access to lawyer – violation of Article 6 Dissenting opinions: PETTITI, VALTICOS – as regards no violation (L) RYSSDAL, MATSCHER, PALM, FOIGHEL, SIR JOHN FREELAND, WILDHABER AND JUNGWIERT – as regards finding the violation (R)	CASE OF VOGT v. GERMANY, 26 th September 1995, (Application no. 17851/91) Disciplinary proceedings against teacher engaged in the communist party in Germany – violation of Article 10 and 11 Dissenting opinions: BERNHARDT, GÖLCÜKLÜ, MATSCHER, LOIZOU, MIFSUD BONNICI, GOTCHEV, JUNGWIERT, KURIS + JAMBREK
2.	CASE OF MURRAY v. THE UNITED KINGDOM, 28 th October 1994, (Application no. 14310/88) Preventive arrest applied to persons suspected of involving in terrorist activities – no violation of Articles 8+5 Dissenting opinions: LOIZOU, MORENILLA AND MAKARCZYK, BONNICI, JAMBREK	CASE OF X, Y AND z v. THE UNITED KINGDOM, 22 nd April 1997 (Application no. 21830/93) Right of a transsexual (F-M) person to be recognised as a father of a child of his partner – no violation of Article 8 Dissenting opinions: Gotchev, Foighel, Thor Vilhjálms-son, Casadevall, Russo, Makarczyk	CASE OF McCANN AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 27 th September 1995, (Application no. 18984/91) Fight against terrorism – deficiencies of domestic investigation concerning the allegedly lawful killing of persons suspected of engagement in terrorism – Violation of Article 2 Dissenting opinion: RYSSDAL, BERNHARDT, THÓR VILHJÁLMS-SON, GÖLCÜKLÜ, PALM, PEK-KANEN, SIR JOHN FREELAND, BAKA AND JAMBREK
3.	CASE OF BENHAM v. THE UNITED KINGDOM, 10 th June 1996, (Application no. 19380/92) Detention pending proceedings – no violation of Article 5 – right of access to legal aid – violation of Article 6 Dissenting opinions: DE MEYER, FOIGHEL, THÓR VILHJÁLMS-SON, BERNHARDT	CASE OF ZANA v. TURKEY, 25 th November 1997, (69/1996/688/880) Right to defence – Violation of Article 6 – Freedom of expression – no violation of Article 10 Dissenting opinions: (a) partly dissenting opinion of Mr Matscher, joined by Mr Gölcüklü; (b) partly dissenting opinion of Mr Lopes Rocha; (c) partly dissenting opinion of Mr van Dijk, joined by Mrs Palm, Mr Loizou, Mr Mifsud Bonnici, Mr Jambrek, Mr Kūris and Mr Levits; (d) dissenting opinion of Mr Thór Vilhjálms-son;	CASE OF VERMEULEN v. BELGIUM, 20 th February 1996, (Application no. 19075/91) Right to be heard in insolvency proceedings when the state’s agent is present before the court – violation of article 6 Dissenting opinions: GÖLCÜKLÜ, MATSCHER AND PETTITI + VAN COMPERNOLLE

²⁰⁸ Pod pojęciem wyroku „aktywistycznego” rozumiemy tu wyrok o silnej tendencji w kierunku wzmocnienia ochrony praw i wolności podstawowych.

²⁰⁹ Pod pojęciem wyroku „wstrzemięźliwego” rozumiemy tu wyrok – zdaniem autorów opinii odrębnej – o silnej tendencji w kierunku osłabienia ochrony praw i wolności podstawowych.

		(e) dissenting opinion of Mr Gölcüklü.	
4.	CASE OF SÜSSMANN v. GERMANY, 16 th September 1996, (Application no. 20024/92) Length of proceedings before the constitutional court – no violation Dissenting opinions: Foighel, Lohmus, Mifsud Bonnici, Jambrek, Petiiti, Casadevall	CASE OF REINHARDT AND SLIMANE-KAÏD v. FRANCE, 31 st March 1998, (21/1997/805/1008 and 22/1997/806/1009) Violation of Article 6 – length and fairness of proceedings Dissenting opinions: judge Thor Vilhjalmsson (proceedings were fair), judge Foighel (there should be pecuniary just satisfaction awarded).	CASE OF GOODWIN v. THE UNITED KINGDOM, 27 th March 1996, (Application no. 17488/90) Ordering to reveal professional secrecy of the journalists' sources – violation of Article 10 Dissenting opinions: RYSSDAL, BERNHARDT, THÓR VILHJÁLMS-SON, MATSCHER, WALSH, SIR JOHN FREELAND AND BAKA + WALSH
5.	CASE OF X, Y AND z v. THE UNITED KINGDOM, 22 nd April 1997 (Application no. 21830/93) Right of a transsexual (F-M) person to be recognised as a father of a child of his partner – no violation of Article 8 Dissenting opinions: Gotchev, Foighel, Thor Vilhjalmsson, Casadevall, Russo, Makarczyk	CASE OF OĞUR v. TURKEY, 20 th May 1999, (Application no. 21594/93) Violation of Article 2 Dissenting opinions: judges Mr Bonello (criticising the dismissal of the claim for pecuniary damage) and Mr Gölcüklü (criticising the qualification of the "use of force").	CASE OF GUSTAFSSON v. SWEDEN, 24 th April 1996, (Application no. 15573/89) Right not to join the trade union – no violation of Article 11 Dissenting opinions: JAMBREK, WALSH, MARTENS, MATSCHER, MORENILLA, MIFSUD BONNICI,
6.	CASE OF H.L.R. v. FRANCE, 29 th April 1997, (Application no. 24573/94), Expulsion to a third state posing threat of inhuman treatment – no violation of Article 3 Dissenting opinions: De Meyer, Pekkanen, Thór Vilhjalmsson, Lopes Rocha Lohmus	CASE OF SÜREK v. TURKEY (No. 1), 8 th July 1999, (Application no. 26682/95) Violation of Article 6, no violation of Article 10 Dissenting opinions (opting for finding the violation of Article 10): judges Mr Bonello; Mrs Tulkens, Mr Casadevall, Mrs Greve; Mr Fischbach; (opting for finding no violation of Article 6): judge Mr Gölcüklü	CASE OF AKDIVAR AND OTHERS v. TURKEY, 16 th September 1996, (Application no. 21893/93) Burning of houses in the village being the centre of the Kurd activities – violation of Article 8 Dissenting opinions: Gotchev, Gölcüklü (both as regards the admissibility)
7.	CASE OF GRIGORIADES v. GREECE, 25 th November 1997, (121/1996/740/939) Violation of nulla poena sine lege certa principle – no violation of Article 7 – freedom of expression – violation of Article 10 Dissenting opinions; John Freeland, Russo, Valticos, Loizou, Morenilla; Gölcüklü, Pettiti; Casadevall	CASE OF SÜREK v. TURKEY (No. 3), 8 th July 1999, (Application no. 24735/94) Violation of Article 6, no violation of Article 10 Dissenting opinions: (as regards finding no violation of Article 19) judges Mrs Palm; Mr Bonello; Mrs Tulkens, Mr Casadevall, Ms Greve; Mr Fischbach; Mr Maruste; (as regards finding the violation of Article 6): judges Mr Gölcüklü	CASE OF CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM, 15 th November 1996, (Application no. 22414/93) Deportation of Sikh activists to India – violation of Article 3, 5.4 and 13 Dissenting opinions (partly – concerning the finding of the violation): Gölcüklü, Matscher, Sir John Freeland, Baka, Mifsud Bonnici, Gotchev and Levits
8.	CASE OF AYDIN v. TURKEY, 25 th September 1997, (57/1996/676/866) Torture and lack of domestic remedy – violation of Article 3 and 13 Dissenting opinions: (a) partly concurring, partly dissenting opinion of Mr Matscher; (b) partly concurring, partly dissenting opinion of Mr Pettiti; (c) joint dissenting opinion of	CASE OF T. v. THE UNITED KINGDOM, 16 th December 1999, (Application no. 24724/94) No violation of Article 3, violation of Article 6 (among others) Dissenting opinions: (as regards no violation of Article 3): judges Mr Rozakis and Mr Costa; Mr Pastor Ridruejo, Mr Ress, Mr Makarczyk, Mrs Tulkens, Mr Butkevych; (as regards finding the violation of Article 6.1): judge Mr Baka	CASE OF SAUNDERS v. UNITED KINGDOM, 17 th December 1996, (Application no. 19187/91) Right not to incriminate oneself – violation of Article 6 Dissenting opinions: Valticos, Gölcüklü, Martens, Kuris

	<p>Mr Gölcüklü, Mr Matscher, Mr Pettiti, Mr De Meyer, Mr Lopes Rocha, Mr Makarczyk and Mr Gotchev (on the alleged ill-treatment (Article 3 of the Convention));</p> <p>(d) joint dissenting opinion of Mr Gölcüklü, Mr Pettiti, Mr De Meyer, Mr Lopes Rocha and Mr Gotchev (on domestic remedies (Article 13 of the Convention));</p> <p>(e) individual dissenting opinion of Mr Gölcüklü;</p> <p>(f) individual dissenting opinion of Mr De Meyer.</p>		
9.	<p>CASE OF MENTEŞ AND OTHERS v. TURKEY, 28th November 1997, (58/1996/677/867)</p> <p>Violation of Article 8</p> <p>Dissenting opinions – on preliminary objections:</p> <p>(a) joint partly dissenting opinion of Mr Gölcüklü and Mr Matscher;</p> <p>(b) partly dissenting opinion of Mr Gölcüklü;</p> <p>(c) partly dissenting opinion of Mr Russo;</p> <p>(d) partly dissenting opinion of Mr De Meyer;</p> <p>(e) partly dissenting opinion of Mr Mifsud Bonnici;</p> <p>(f) partly dissenting opinion of Mr Gotchev;</p> <p>(g) partly dissenting opinion of Mr Jambrek</p>	<p>CASE OF V. v. THE UNITED KINGDOM, 16th December 1999, (Application no. 24888/94)</p> <p>Dissenting opinions: (as regards no violation of Article 3): judges Mr Rozakis and Mr Costa; Mr Pastor Ridruejo, Mr Ress, Mr Makarczyk, Mrs Tulkens, Mr Butkevych; (as regards finding the violation of Article 6.1): judge Mr Baka</p>	<p>CASE OF LOIZIDOU v. TURKEY, 18th December 1996, (Application no. 15318/89)</p> <p>Right to peaceful enjoyment of property – preliminary objection – lack of jurisdiction <i>ratione temporis</i> – dismissed – violation of Article 1 of Protocol 1 – no violation of Article 8</p> <p>Dissenting opinions (on preliminary objection): Bernhardt, Lopes Rocha, Baka, Jambrek, Pettiti, Gölcüklü</p>
10.	<p>CASE OF BOWMAN v. THE UNITED KINGDOM, 10th February 1998, (141/1996/760/961)</p> <p>Violation of Article 10</p> <p>Dissenting opinions:</p> <p>(b) partly dissenting opinion of Mr Valticos;</p> <p>(c) joint partly dissenting opinion of Mr Loizou, Mr Baka and Mr Jambrek;</p> <p>(d) partly dissenting opinion of Sir John Freeland, joined by Mr Levits.</p>	<p>CASE OF İLHAN v. TURKEY, 27th June 2000, (Application no. 22277/93)</p> <p>No violation of Article 2, violations of Articles 3 and 13</p> <p>Dissenting opinions: (as regards finding no violation of Article 2): judges Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mr Casadevall, Mrs Vajić and Mrs Greve; (as regards dismissing the preliminary objection): judge Mr Gölcüklü</p>	<p>CASE OF BALMER-SCHAFFROTH AND OTHERS v. SWITZERLAND, 26th August 1997, (67/1996/686/876)</p> <p>Access to fair trial – Articles 6 and 13 not applicable</p> <p>Dissenting opinions: Pettiti, Gölcüklü, Walsh, Russo, Mr Valticos, Lopes Rocha, Jambrek, Foighel</p>
11.	<p>CASE OF GUERRA AND OTHERS v. ITALY, 19th February 1998, (116/1996/735/932)</p> <p>Preliminary objection dismissed, violation of Article 8, Article 10 non-applicable</p> <p>Dissenting opinion concerning the dismissal of the preliminary objection (judge Mifsud Bonnici).</p>	<p>CASE OF CYPRUS v. TURKEY, 10th May 2001, (Application no. 25781/94)</p> <p>Violation and non-violation of various provisions</p> <p>Dissenting opinions (criticising both finding and non-finding of violations)</p>	<p>CASE OF SHEFFIELD AND HORSHAM v. THE UNITED KINGDOM, 30th July 1998, (31–32/1997/815–816/1018–1019)</p> <p>No violation of Articles 8, 12 and 14.</p> <p>Dissenting opinion: judges Mr Bernhardt, Mr Thór Vilhjálmsson, Mr Spielmann, Mrs Palm, Mr Wildhaber, Mr Makarczyk and Mr Voicu; Mr Casadevall; Mr van Dijk; Mr Wildhaber</p>

12.	CASE OF INCAL v. TURKEY, 9 th June 1998, (41/1997/825/1031) Violation of Articles 10 and 6 Partly dissenting opinion (Article 6 was not violated by the fact that the applicant was tried by "national security court"): judges Mr Thór Vilhjálmsson, Mr Gölcüklü, Mr Matscher, Mr Foighel, Sir John Freeland, Mr Lopes Rocha, Mr Wildhaber and Mr Gotchev	CASE OF K. AND T. v. FINLAND, 12 th July 2001, (Application no. 25702/94) Violations and non-violations of Article 8 (among others) Dissenting opinions: criticising the finding of both violations and non-violations	CASE OF OSMAN v. THE UNITED KINGDOM, 28 th October 1998, (87/1997/871/1083) No violation of Article 2 and 8, violation of Article 6 Dissenting opinions (regarding the alleged non-violation of Article 2): judges Mr De Meyer, Mr Lopes Rocha, Mr Casadevall
13.	CASE OF GUÉRIN v. FRANCE, 29 th July 1998, (51/1997/835/1041) Violation of Article 6 Dissenting opinion: judge Pettiti	Case of Sommerfeld v. Germany, 8 th July 2003, (Application no. 31871/96) No violation of Article 8; Violation of Article 14+8. Dissenting opinions: judges (as regards the finding of violation of Article 14+8): Mr Wildhaber, Mrs Palm, Mr Lorenzen, Mr Jungwiert, Mrs Greve, Mr Levits, Mrs Mularoni; (as regards the finding of no violation of Article 8) Mr Ress, Mr Pastor Ridruejo, Mr Türmen	CASE OF JANOWSKI v. POLAND, 21 st January 1999, (Application no. 25716/94) No violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Mr Wildhaber; Sir Nicolas Bratza, Mr Rozakis; Mr Bonello; Mr Casadevall.
14.	CASE OF OMAR v. FRANCE, 29 th July 1998, (43/1997/827/1033) Violation of Article 6 Dissenting opinion: judges Pettiti, Baka and Jambrek	CASE OF HATTON AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 8 th July 2003, (Application no. 36022/97) No violation of Article 8; violation of Article 13 Dissenting opinions: judges (as regards the finding of no violation of Article 8): Mr Costa, Mr Ress, Mr Türmen, Mr Zupančič and Mrs Steiner; (as regards the finding of violation of Article 13): Sir Brian Kerr	CASE OF LAINO v. ITALY, 18 th February 1999, (Application no. 33158/96) Violation of Article 6.1.; no need to examine under Article 8 Dissenting opinion: judges Mrs Tulkens and Mr Casadevall (as regards finding no need to examine under Article 8)
15.	CASE OF LEHIDEUX AND ISORNI v. FRANCE, 23 rd September 1998, (55/1997/839/1045) Violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Mr Foighel, Mr Loizou and Sir John Freeland; Mr Morenila; Mr Casadevall	CASE OF SLIVENKO v. LATVIA, 9 th October 2003, (Application no. 48321/99) Violation of Article 8; no violation of Article 5.1. Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 5.1.): Mr Kovler; (criticising the finding of violation of Article 8): Mr Wildhaber, Mr Ress, Sir Nicolas Bratza, Mr Cabral Barreto, Mrs Greve, Mr Maruste	CASE OF MUSIAŁ v. POLAND, 25 th March 1999, (Application no. 24557/94) Violation of Article 5.4. Dissenting opinion: judge Mr Pastor Ridruejo
16.	CASE OF VAN GEYSEGHEM v. BELGIUM, 21 st January 1999, (Application no. 26103/95) Violation of Article 6. Dissenting opinion: judge Mr Pellonpää	CASE OF ILAȘCU AND OTHERS v. MOLDOVA AND RUSSIA, 8 th July 2004, (Application no. 48787/99) Multiple violations on account of both States Dissenting opinions: criticising the finding of both violations and non-violations.	CASE OF PAPACHELAS v. GREECE, 25 th March 1999, (Application no. 31423/96) Violation of Article 1 P1, no violation of Article 1 P1 (in another aspect), violation of Article 6 Dissenting opinions: judges Mrs Palm; Mr Gaukur Jörundsson; Mrs Tulkens; Mr Zupančič; Mrs Thomassen and Mr Panțiru

17.	CASE OF MATTHEWS v. THE UNITED KINGDOM, 18 th February 1999, (Application no. 24833/94) Violation of Article 3 P1 Dissenting opinion: judges Sir John Freeland and Mr Jungwiert	CASE OF MAMATKULOV AND ASKAROV v. TURKEY, 4 th February 2005, (Applications nos. 46827/99 and 46951/99) No violation of Articles 3 and 6; failure to comply with Article 34 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 6) judge Rozakis; (criticising the finding of no violation of Articles 3 and 6) Sir Nicolas Bratza, Mr Bonello, Mr Hedigan; criticising the application of Article 34: Mr Caflich, Mr Türmen, Mr Kovler	CASE OF NIKOLOVA v. BULGARIA, 25 th March 1999, (Application no. 31195/96) Violation of Articles 5.3, 5.4. Dissenting opinions (criticising the dismissal of a claim of pecuniary just satisfaction): judges Mr Bonello, Mr Maruste; Mr Fischbach, Mr Kūris, Mr Casadevall; of Mrs Greve.
18.	CASE OF IATRIDIS v. GREECE, 25 th March 1999, (Application no. 31107/96) Violation of Articles 1 P1 and 13, no need to examine under Article 6 Dissenting opinion (regarding admissibility): judge Mr Yeraris	CASE OF ÖCALAN v. TURKEY, 12 th May 2005, (Application no. 46221/99) Violation of Articles 5.3., 5.4., 6.1., 3 (partly), no violation of Articles 3 (partly), 5.1., 2, 14+2, 34. Dissenting opinions: judges (criticising the finding of partial no violation of Article 3) Mr Garlicki; (criticising the finding of violation of Article 6.1.): Mr Wildhaber, Mr Costa, Mr Caflich, Mr Türmen, Mr Garlicki, Mr Borrego Borrego; (criticising the finding of violation of Article 3): Mr Costa, Mr Caflich, Mr Türmen and Mr Borrego Borrego	CASE OF T.W. v. MALTA, 29 th April 1999, (application no. 25644/94) Violation of Article 5.3. Dissenting opinions (criticising the dismissal of a claim of pecuniary just satisfaction): judges Mr Bonello; Mrs Tulkens, Mr Casadevall
19.	CASE OF CHASSAGNOU AND OTHERS v. FRANCE, 29 th April 1999, (Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95) Violation of Article 1 P1, Article 11, Article 14 Dissenting opinion: judge Mr. Costa (opting for finding no violation of Article 1 P1)	CASE OF RAMSAHAI AND OTHERS v. THE NETHERLANDS, 15 th May 2007, (Application no. 52391/99) Violation of Article 2 (partly), no violation of Article 2 (partly), Article 6 inapplicable, no separate issue under Article 13 Dissenting opinions: criticising different points of the judgment both as for finding and not finding the violations	CASE OF AQUILINA v. MALTA, 29 th April 1999, (Application no. 25642/94) Violation of Article 5.3. Dissenting opinions ((criticising the dismissal of a claim of pecuniary just satisfaction): judges Mr Bonello; Mrs Tulkens, Mr Casadevall; Mr Fischbach; Mrs Greve
20.	CASE OF BLADET TROMSØ AND STENSAAS v. NORWAY, 20 th May 1999, (Application no. 21980/93) Violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Mrs Palm, Mr Fuhrmann and Mr Baka; Mrs Greve	CASE OF KAFKARIS v. CYPRUS, 12 th February 2008, (Application no. 21906/04) No violation of Articles 3, 5.1, 14, violation of Article 7 Dissenting opinions: judges); criticising the finding of no violation of Article 3): Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann, Jebens; (criticising the finding of violation of Article 7) Loucaides, Jočienė; criticising the absence of finding of violation of Articles 14+3+5+7) Borrego Borrego	REKVÉNYI v. HUNGARY, 20 th May 1999, (Application no. 25390/94) No violation of Article 10, 11 and 14 Dissenting opinion: judge Fischbach (criticising the finding of no violation of Article 11).
21.	CASE OF TANRIKULU v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 23763/94) Violation of Article 2 (partially) and 13	CASE OF GOROU v. GREECE (No. 2), 20 th March 2009, (Application no. 12686/03) Violation of Article 6.1 (partly) and no violation of Article 6.1	CASE OF ÇAKICI v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 23657/94) Violation of Articles 2, 3 (partially), 5 and 13

	Dissenting opinion (on the question of violation of Article 13): judge Mr Gölcüklü	(partly) Dissenting opinions: judges (criticising the applicability of Article 6) Zagrebelsky, Hajiyev, Jaeger, Björgvinsson, Villiger, Berro-Lefèvre; (criticising the finding of partial no violation of Article 6.1) Casadevall; Malinverni, Sajó; Kalaydjieva	Dissenting opinion (as regards partially finding no violation of Article 3): judges Mrs Thomassen, Mr Jungwiert, Mr Fischbach
22.	CASE OF OKÇUOĞLU v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 24246/94) Violation of Article 6 and 10 Dissenting opinion (opting for finding no violation of Article 6): judge Mr Gölcüklü	CASE OF MEDVEDYEV AND OTHERS v. FRANCE, 29 th March 2010, (Application no. 3394/03) Violation of Article 5.1, no violation of Article 5.3 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of violation of Article 5.1) Costa, Casadevall, Birsan, Garlicki, Hajiyev, Šikuta, Nicolaou (criticising the finding of no violation of Article 5.3) Tulkens, Bonello, Zupančič, Fura, Spielmann, Tsotsoria, Power and Poalelungi	CASE OF CIVET v. FRANCE, 28 th September 1999, (Application no. 29340/95) Lack of jurisdiction – non-exhaustion of domestic remedies Dissenting opinion: Mrs Palm, Sir Nicolas Bratza, Mr Fischbach, Mr Zupančič, Mr Hedigan
23.	CASE OF SÜREK v. TURKEY (No. 4), 8 th July 1999, (application no. 24762/94) Violation of Article 6 and 10 Dissenting opinion (opting for finding no violation of Articles 6 and 10): judge Mr Gölcüklü	CASE OF GÄFGEN v. GERMANY, 1 st June 2010, (Application no. 22978/05) Violation of Article 3, no violation of Article 6.1. and 6.3. Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Articles 6.1 and 6.3) Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku, Power; (criticising the finding of violation of Article 3) Casadevall, Kovler, Mijović, Jaeger, Jočiene, López Guerra	CASE OF ESCOUBET v. BELGIUM, 28 th October 1999, (Application no. 26780/95) Article 6 not applicable Dissenting opinion: judges Mrs Tulkens, Mr Fischbach, Mr Casadevall
24.	CASE OF CEYLAN v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 23556/94) Violation of Article 10 Dissenting opinion: judge Mr Gölcüklü	CASE OF KONSTANTIN MARKIN v. RUSSIA, 22 nd March 2012, (Application no. 30078/06) Violation of Article 14 + 8, no violation of Article 34 Dissenting opinion – regarding both finding a violation and finding of no violation	CASE OF PELLEGRIN v. FRANCE, 8 th December 1999, (Application no. 28541/95) Article 6 not applicable Dissenting opinion: judges Mrs Tulkens, Mr Fischbach, Mr Casadevall, Mrs Thomassen
25.	CASE OF SÜREK AND ÖZDEMİR v. TURKEY, 8 th July 1999, (applications nos. 23927/94 and 24277/94) Violation of Articles 6 and 10 Dissenting opinions: (opting for finding no violation of Article 10) judges Mr Wildhaber, Mr Kūris, Mrs Strážnická, Mr Baka, Mr Traja; (in the entirety): Mr Gölcüklü	CASE OF HERRMANN v. GERMANY, 26 th June 2012, (Application no. 9300/07) Violation of Article 1 P1, not necessary to examine under Articles 9 and 14 + 1 P1 Dissenting opinions: (criticising the finding of violation): judges David Thór Björgvinsson, Vučinić, Nußberger; (criticising the finding that the case did not need to be examined under Articles 9 and 14 + 1P1) judge Pinto de Albuquerque	CASE OF FITT v. THE UNITED KINGDOM, 16 th February 2000, (Application no. 29777/96) No violation of Article 6.1, no need to examine under Article 6.2. Dissenting opinions: judges Mrs Palm, Mr Fischbach, Mrs Vajić, Mrs Thomassen, Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mr Traja; Mr Zupančič; Mr Hedigan
26.	CASE OF KARATAŞ v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 23168/94) Violation of Articles 6 and 10 Dissenting opinions: (opting for finding no violation of Ar-	CASE OF CATAN AND OTHERS v. MOLDOVA AND RUSSIA, 19 th October 2012, (Applications nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06) No violation of Article 2 P1 in re-	CASE OF JASPER v. THE UNITED KINGDOM, 16 th February 2000, (Application no. 27052/95) No violation of Article 6.1. Dissenting opinions: judges Mrs Palm, Mr Fischbach, Mrs Vajić,

	ticle 10) judges Mr Wildhaber, Mr Pastor Ridruejo, Mr Costa, Mr Baka; (in the entirety): Mr Gölcüklü	spect of Moldova, violation of Article 2 P1 in respect of Russia, not necessary to examine under Article 8 or 14 Dissenting opinions: (criticising the finding of violation) judge Kovler; (criticising the finding that the case did not need to be examined under Articles 8 or 14) judges: Tulkens, Vajić, Berro-Lefèvre, Bianku, Poalelungi and Keller	Mrs Thomassen, Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mr Traja; Mr Zupančič; Mr Hedigan
27.	CASE OF SÜREK v. TURKEY (No. 2), 8 th July 1999, (Application no. 24122/94) Violation of Articles 6 and 10 Dissenting opinion (in the entirety): judge Mr Gölcüklü	CASE OF DEL RÍO PRADA v. SPAIN, 21 st October 2013, (Application no. 42750/09) Violation of Articles 7 and 5.1; claim for pecuniary just satisfaction dismissed Dissenting opinions: judges (criticising the decision on just satisfaction) Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens, Gričco; criticising the finding of violation) Mahoney, Vehabović	CASE OF ATHANASSOGLOU AND OTHERS v. SWITZERLAND, 6 th April 2000, (Application no. 27644/95) Articles 6.1. and 13 not applicable Dissenting opinion: judges Mr Costa, Mrs Tulkens, Mr Fischbach, Mr Casadevall, Mr Maruste
28.	CASE OF GERGER v. TURKEY, 8 th July 1999, (Application no. 24919/94) Violation of Articles 6 and 10 Dissenting opinion (in the entirety): judge Mr Gölcüklü		CASE OF LABITA v. ITALY, 6 th April 2000, (Application no. 26772/95) No violation of Article 3 (partially), violations of Articles 3, 5.1, 5.3., 8, Article 2 P4, Article 3 P1 Dissenting opinion (as regards the finding of no violation): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mr Makarczyk, Mrs Tulkens, Mrs Strážnická, Mr Butkevych, Mr Casadevall, Mr Zupančič
29.	CASE OF BAŞKAYA AND OKÇUOĞLU v. TURKEY, 8 th July 1999, (Applications nos. 23536/94 and 24408/94) Violation of Articles 6, 7 (partially), 10 Dissenting opinion: judge Mr Gölcüklü		CASE OF CHA'ARE SHALOM VE TSEDEK v. FRANCE, 27 th June 2000, (Application no. 27417/95) No violation of Articles 9 and 9+14 Dissenting opinion: judges Sir Nicolas Bratza, M. Fischbach, Mrs Thomassen, Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mr Panțiru, Mr Levits, Mr Traja
30.	CASE OF DI MAURO v. ITALY, 28 th July 1999, (Application no. 34256/96) Violation of Article 6.1. Dissenting opinions: judges Mr Ferrari Bravo, Mr Costa		CASE OF MAAOUIA v. FRANCE, 5 th October 2000, (Application no. 39652/98) Article 6.1. not applicable Dissenting opinion: judges Mr Loucaides, Mr Traja
31.	CASE OF WILLE v. LIECHTENSTEIN, 28 th October 1999, (Application no. 28396/95) Violation of Articles 10 and 13 Dissenting opinion (criticising the finding of violation of Article 10): judge Mr Cabral Barreto		CASE OF HASAN AND CHAUSH v. BULGARIA, 26 th October 2000, (Application no. 30985/96) Violation of Articles 9 and 13 Dissenting opinion (regarding the dismissal of a claim for pecuniary just satisfaction): judges Mrs Tulkens and Mr Casadevall, Mr Bonello, Mrs Strážnická, Mrs Greve, Mr Maruste
32.	CASE OF NILSEN AND JOHNSEN v. NORWAY, 25 th November 1999, (Application no. 23118/93)		CASE OF LEE v. THE UNITED KINGDOM, 18 th January 2001, (Application no. 25289/94) No violation of Article 8, 1 P1, 2

	Violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Mr Rozakis; Mr Kūris, Mr Tūrmēns, Mrs Strāznickā, Mrs Greve		P1, 14 Dissenting opinion (criticising the finding of non-violation of Article 8): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mrs Strāznickā, Mr Lorenzen, Mr Fischbach, Mr Casadevall
33.	CASE OF HASHMAN AND HARRUP v. THE UNITED KINGDOM, 25 th November 1999, (Application no. 25594/94) Violation of Article 10 Dissenting opinion: judge Mr Baka		CASE OF BEARD V. THE UNITED KINGDOM, 18 th January 2001, (Application no. 24882/94) No violation of Article 8 and 14 Dissenting opinion (criticising the finding of non-violation of Article 8): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mrs Strāznickā, Mr Lorenzen, Mr Fischbach, Mr Casadevall
34.	CASE OF BEYELER v. ITALY, 5 th January 2000, (Application no. 33202/96) Violation of Article 1 P1 Dissenting opinion: judge Mr Ferrari Bravo		CASE OF JANE SMITH v. THE UNITED KINGDOM, 18 th January 2001, (Application no. 25154/94) No violation of Articles 8, 1 P1, 2 P1, 6 and 14 Dissenting opinion (criticising the finding of non-violation of Article 8): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mrs Strāznickā, Mr Lorenzen, Mr Fischbach, Mr Casadevall
35.	CASE OF ROTARU v. ROMANIA, 4 th May 2000, (Application no. 28341/95) Violations of Articles 8, 13, 6.1. Dissenting opinion (as regards finding the violation of Article 8): judge Mr Bonello.		CASE OF COSTER v. THE UNITED KINGDOM, 18 th January 2001, (Application no. 24876/94) No violation of Article 8, 1 P1, 2 P1, 14 Dissenting opinion (criticising the finding of non-violation of Article 8): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mrs Strāznickā, Mr Lorenzen, Mr Fischbach, Mr Casadevall
36.	CASE OF SALMAN v. TURKEY, 27 th June 2000, (Application no. 21986/93) Violations of Articles 2, 3 and 13 Dissenting opinion: judge Mr Gölcüklü		CASE OF CHAPMAN v. THE UNITED KINGDOM, 18 th January 2001 (Application no. 27238/95) No violation of Article 8, 1 P1, 6, 14 Dissenting opinion (criticising the finding of non-violation of Article 8): judges Mr Pastor Ridruejo, Mr Bonello, Mrs Tulkens, Mrs Strāznickā, Mr Lorenzen, Mr Fischbach, Mr Casadevall
37.	CASE OF ELSHOLZ v. GERMANY, 13 th July 2000, (Application no. 25735/94) Violation of Article 8 and 6.1., no violation of Articles 14+8 Dissenting opinions (as regards finding the violation of Articles 8 and 6.1): judges Mr Baka, Mrs Palm, Mr Hedigan, Mr Levits		CASE OF K.-H. W. v. GERMANY, 22 nd March 2001, (Application no. 37201/97) No violation of Articles 7 and 14+7 Dissenting opinions (as regards the finding of no violation of Article 7): judges Mr Cabral Barreto; Mr Pellonpää, Mr Zupančič
38.	CASE OF MENNITTO v. ITALY, 5 th October 2000, (Application no. 33804/96) Violation of Article 6.1.		CASE OF z AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 10 th May 2001, (Application no. 29392/95) Violation of Articles 3 and 13, no

	Dissenting opinion: judges Mr Ferrari Bravo, Mr Butkevych		violation of Article 6, no separate issue arises under Article 8 Dissenting opinion (criticising the finding of no violation of Article 6): judges Mr Rozakis, Mrs Palm; Mrs Thomassen, Mr Casadevall, Mr Kovler
39.	CASE OF KUDŁA v. POLAND, 26 th October 2000, (Application no. 30210/96) Violation of Articles 5.3., 6.1., 13, no violation of Article 3 Dissenting opinion (regarding the finding of violation of Article 13 where Article 6.1. has already been found violated): judge Mr Casadevall		Case of Kress v. France, 7 th June 2001, (Application no. 39594/98) Violation (in certain respects) of Article 6.1., no violation (in certain respects) of Article 6.1. Dissenting opinion (criticising the finding of no violation): judges Mr Wildhaber, Mr Costa, Mr Pastor Ridruejo, Mr Kūris, Mr Bîrsan, Mrs Botoucharova Mr Ugrekhelidze
40.	CASE OF THE FORMER KING OF GREECE AND OTHERS v. GREECE, 23 rd November 2000, (Application no. 25701/94) Violation of Article 1 P1 Dissenting opinion: judges Mr Koumantos joined by Mr Zupančič		CASE OF FERRAZZINI v. ITALY, 12 th July 2001, (Application no. 44759/98) Article 6.1. does not apply (to tax cases) Dissenting opinion: judges Mr Lorenzen, Mr Rozakis, Mr Bonello, Mrs Strážnická, Mr Bîrsan and Mr Fischbach
41.	CASE OF D.N. v. SWITZERLAND, 29 th March 2001, (Application no. 27154/95) Violation of Article 5.4. Dissenting opinion: judges Mr Wildhaber, Mr Türmen, Mr Butkevych, Mr Baka, Mrs Botoucharova		CASE OF FOGARTY v. THE UNITED KINGDOM, 21 st November 2001, (Application no. 37112/97) No violation of Articles 6.1. and 14+6.1. Dissenting opinion: judge Mr Loucaides
42.	CASE OF GÖÇ v. TURKEY, 11 th July 2002, (Application no. 36590/97) Violation of Article 6.1. Dissenting opinion: judges Mr Wildhaber, Mr Costa, Mr Ress, Mr Türmen, Mr Bîrsan, Mr Jungwiert, Mr Maruste, Mr Ugrekhelidze		CASE OF AL-ADSANI v. THE UNITED KINGDOM, 21 st November 2001, (Application no. 35763/97) No violation of Articles 3 and 6.1. Dissenting opinions: (concerning Article 6.1., and in case of Justice Ferrari Bravo, Article 3): Mr Rozakis Mr Caflich, Mr Wildhaber, Mr Costa, Mr Cabral Barreto Mrs Vajić; Mr Ferrari Bravo; Mr Loucaides
43.	CASE OF MEFTAH AND OTHERS v. FRANCE, 26 th July 2002, (Application nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97) Violation (in certain respect) of Article 6.1., no violation (in another respect) of Article 6.1. Dissenting opinions (criticising the finding of violation): judges Mr Costa, Mr Wildhaber, Mr Caflich, Mr Baka; Mr Loucaides; Mr Zagrebelsky		CASE OF McELHINNEY v. IRELAND, 21 st November 2001, (Application no. 31253/96) No violation of Article 6.1. Dissenting opinions: Mr Rozakis; Mr Caflich, Mr Cabral Barreto, Mrs Vajić; Mr Loucaides
44.	CASE OF EZEH AND CONNORS v. THE UNITED KINGDOM, 9 th October 2003, (Applications nos. 39665/98 and 40086/98)		CASE OF CALVELLI AND CIGLIO v. ITALY, 17 January 2002, (Application no. 32967/96) No violation of Articles 2 and 6.1. Dissenting opinions: (as regards

	Violation of Article 6.3.c. Dissenting opinions: judges Mr Pellonpää, Mr Wildhaber, Mrs Palm, Mr Caflich; Mr Zupančič, Mr Maruste		Article 2) judges Mr Rozakis joined by Mr Bonello and Mrs Strážnická; (as regards Article 6.1.) judge Mr Costa
45.	CASE OF MAESTRI v. ITALY, 17 th February 2004, (Application no. 39748/98) Violation of Article 11 Dissenting opinions: judges Mr Bonello, Mrs Strážnická, Mr Birsan, Mr Jungwiert, Mrs del Tufo; Mr Loucaides, Mr Birsan		CASE OF KINGSLEY v. THE UNITED KINGDOM, 28 th May 2002, (Application no. 35605/97) Violation of Article 6.1. Dissenting opinions: (all of the criticising the lack of award of non-pecuniary damage) judges Mr Rozakis; Mr Ress, Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mr Levits; Mr Casadevall, Mr Bonello, Mr Kovler
46.	CASE OF ÖNERIYILDIZ v. TURKEY, 30 th November 2004, (Application no. 48939/99) Violations of Articles 2, 1P1, 13 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of violation of Article 2 in its procedural aspect) Mr Türmen; (criticising the finding of violation of Article 1P1) Mrs Mularoni.		CASE OF MASTROMATTEO v. ITALY, 24 th October 2002 (Application no. 37703/97) No violation of Article 2 Dissenting opinion (partly): judges Mr Bonello
47.	CASE OF MAKARATZIS v. GREECE, 20 th December 2004, (Application no. 50385/99) Violation of Article 2 Dissenting opinions: judges Mr Wildhaber, Mr Kovler, Mrs Mularoni; Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mrs Strážnická		CASE OF ODIÈVRE v. FRANCE, 13 th February 2003, (Application no. 42326/98) No violation of Article 8 and no violation of Articles 14+8 Dissenting opinion (criticising the finding of no violation of Article 8): judges Mr Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Mr Bonello, Mr Loucaides, Mr Cabral Barreto, Mrs Tulkens, Mr Pellonpää
48.	CASE OF HIRST v. THE UNITED KINGDOM (No. 2), 6 th October 2005, (Application no. 74025/01) Violation of Article 3 P1 Dissenting opinions: judges Mr Wildhaber, Mr Costa, Mr Lorenzen, Mr Kovler, Mr Jebens		CASE OF KLEYN AND OTHERS v. THE NETHERLANDS, 6 th May 2003, (Applications nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99) No violation of Article 6.1. Dissenting opinions: judges Mrs Thomassen, Mr Zagrebelsky; Mrs Tsatsa-Nikolovska, Mrs Strážnická, Mr Ugrekhelidze
49.	CASE OF ROCHE v. THE UNITED KINGDOM, 19 th October 2005, (Application no. 32555/96) Violation of Article 8, no violation of Articles 10, 6.1., 1P1, 14+1P1, 14 Dissenting opinions (criticising the finding of no violation of Article 6.1.): judges Mr Loucaides, Mr Rozakis, Mr Zupančič, Mrs Strážnická, Mr Casadevall, Mrs Thomassen, Mr Maruste, Mr Traja		CASE OF PERNA v. ITALY, 6 th May 2003, (Application no. 48898/99) No violation of Article 6.1. and 6.3.d.; no violation of Article 10 Dissenting opinion: (regarding the finding of no violation of Article 10) judge Mr Conforti

50.	CASE OF KYPRIANOU v. CYPRUS, 15 th December 2005, (Application no. 73797/01) Violation of Articles 6.1. and 10, no violation of Articles 6.2. and 6.3.a Dissenting opinion (criticising the finding of violation of Article 6.1.); judge Mr Costa.		CASE OF SAHIN v. GERMANY, 8 th July 2003, (Application no. 30943/96) No violation of Article 8; violation of Articles 14+8 Dissenting opinions: (regarding the finding of no violation of Article 8) judges Mr Rozakis, Mrs Tulkens; Mr Ress, Mr Pastor Ridruejo, Mr Türmen
51.	CASE OF SØRENSEN AND RASMUSSEN v. DENMARK, 11 th January 2006, (Applications nos. 52562/99 and 52620/99) Violation of Article 11 in respect of both applicants Dissenting opinions: judges (criticising the finding of the violation in respect of Mr. Sorensen) Rozakis, Bratza and Vajić; (criticising the finding of the violation in respect of both applicants): Zupančič and Lorenzen		CASE OF AZINAS v. CYPRUS, 28 th April 2004, (Application no. 56679/00) Application held inadmissible Dissenting opinions: judges Mr Costa, Mr Garlicki; Mr Ress
52.	CASE OF MARTINIE v. FRANCE, 12 th April 2006, (Application no. 58675/00) No violation of Article 6.1. Dissenting opinions: judges (de facto dissenting opinion, formulated as declaration): Wildhaber, Costa, Cafilisch and Jungwiert		CASE OF VO v. FRANCE, 8 th July 2004, (Application no. 53924/00) No violation of Article 2 Dissenting opinions: Mr Ress; Mrs Mularoni, Mrs Strážnická
53.	CASE OF HUTTEN-CZAPSKA v. POLAND, 19 th June 2006, (Application no. 35014/97) Violation of Article 1 P1, pilot judgment (systemic violation) Dissenting opinions (criticising the "systemic violation" doctrine): judges Zupančič and Zagrebelsky		CASE OF KOPECKÝ v. SLOVAKIA, 28 th September 2004, (Application No. 44912/98) No violation of Article 1 P1 Dissenting opinions: judges Mr Ress, Mrs Steiner, Mr Borrego Borrego; Mrs Strážnická
54.	CASE OF JALLOH v. GERMANY, 11 th July 2006, (Application no. 54810/00) Violation of Articles 3 and 6, no separate issue under Article 8 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of violations) Wildhaber, Cafilisch; Ress, Pellonpää, Baka, Šikuta; Hajiyev		CASE OF CUMPĂNĂ AND MAZĂRE v. ROMANIA, 17 th November 2004, (Application no. 33348/96) Violation of Article 10 Dissenting opinion: (criticising the refusal to award just satisfaction) judge Mr Costa.
55.	CASE OF VILHO ESKELINEN AND OTHERS v. FINLAND, 19 th April 2007, (Application no. 63235/00) Violation of Articles 6.1 (partly) and 13, no violation of Articles 6.1 (partly) and 1 P1 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of applicability of Article 6.1 to the		CASE OF PEDERSEN AND BAADSGAARD v. DENMARK, 17 th December 2004, (Application no. 49017/99) No violation of Articles 6 and 10 Dissenting opinion (criticising the finding of no violation of Article 10): judges Mr Rozakis, Mr Türmen, Mrs Strážnická, Mr Bîrsan, Mr Casadevall, Mr Zupančič,

	case) Jočienė; Costa, Wildhaber, Türmen, Borrego Borrego, Jočienė		Mr Maruste, Mr Hajiyev
56.	CASE OF FOLGERØ AND OTHERS v. NORWAY, 29 th June 2007, (Application no. 15472/02) Violation of Article 2 P1, not necessary to examine under Article 14+8+9+2P1 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of admissibility) Zupančič, Borrego Borrego; criticising the finding of violation Wildhaber, Lorenzen, Bîrsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyev, Jebens		CASE OF JAHN AND OTHERS v. GERMANY, 30 th June 2005, (Applications nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01) No violation of Articles 1P1 and 14+1P1 Dissenting opinions: Mr Cabral Barreto; Mr Pavlovschi; Mr Costa, Mr Borrego Borrego, Mr Ress and Mrs Botoucharova; Mr Ress
57.	CASE OF D.H. AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC, 13 th November 2007, (Application no. 57325/00) Violation of Article 14+2 P1 Dissenting opinions: judges Zupančič; Jungwiert; Borrego Borrego; Šikuta		CASE OF NACHOVA AND OTHERS v. BULGARIA, 6 th July 2005, (Applications nos. 43577/98 and 43579/98) Violation of Article 2, no violation of Articles 14+2 (homicide as an expression of racial hatred) Dissenting opinion: (criticising the finding of no violation of Articles 14+2) judges Mr Casadevall, Mr Hedigan, Mrs Mularoni, Mrs Fura-Sandström, Mrs Gyulumyan, Mr Spielmann
58.	CASE OF DICKSON v. THE UNITED KINGDOM, 4 th December 2007, (Application no. 44362/04) Violation of Article 8 Dissenting opinion: judges Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan, Myjer		CASE OF MAURICE v. FRANCE, 6 th October 2005 (Application no. 11810/03) Violation of Article 1 P1, no violation of Articles 13 and 8, no separate issue under Articles 14+1P1 and 6.1. Dissenting opinions: (criticising the lack of examination under Article 6.1.) judges Mr Rozakis, Sir Nicolas Bratza, Mr Bonello, Mr Loucaides, Mrs Jočienė
59.	CASE OF E.B. v. FRANCE, 22 nd January 2008, (Application no. 43546/02) Violation of Article 14+8 Dissenting opinions: judges Costa, Türmen, Ugrekhelidze and Jočienė; Zupančič; Loucaides; Mularoni		CASE OF DRAON v. FRANCE, 6 th October 2005, (Application no. 1513/03) Violation of Article 1 P1, no violation of Articles 13 and 8, no separate issue under Articles 14+1P1 and 6.1. Dissenting opinions: (criticising the lack of examination under Article 6.1.) judges Mr Rozakis, Sir Nicolas Bratza, Mr Bonello, Mr Loucaides, Mrs Jočienė
60.	CASE OF MASLOV v. AUSTRIA, 23 rd June 2008, (Application no. 1638/03) Violation of Article 8 Dissenting opinion: judge Steiner		CASE OF LEYLA ŞAHİN v. TURKEY, 10 th November 2005, (Application no. 44774/98) No violation of Articles 9, 2P1, 8, 10, 14 Dissenting opinion (criticising the finding of no violation of Articles 9 and 2P1): judge Mrs Tulkens

61.	CASE OF KORBELY v. HUNGARY, 19 th September 2008, (Application no. 9174/02) Violation of Article 7 Dissenting opinions: judges Lorenzen, Tulkens, Zagrebelsky, Fura-Sandström, Popović; Loucaides		CASE OF ŽDANOKA v. LATVIA, 16 th March 2006, (Application no. 58278/00) No violation of Article 3 P1, no examination necessary regarding Articles 10 and 11 Dissenting opinions: (criticising either the lack of examination under Article 11 or finding no violation of Article 3 P1) judges Spielmann Jaeger; Rozakis; Zupančič; Mijović, Gyulumyan
62.	CASE OF ANDREJEVA v. LATVIA, 18 th February 2009, (Application no. 55707/00) Violation of Articles 14+1 P1, 6.1 Dissenting opinion: judge (criticising the finding of violation of Articles 14 + 1P1) Ziemele		CASE OF ACHOUR v. FRANCE, 29 th March 2006, (Application no. 67335/01) No violation of Article 7 Dissenting opinion: judge Popović
63.	CASE OF KOZACIOĞLU v. TURKEY, 19 th February 2009, (Application no. 2334/03) Violation of Article 1 P1 Dissenting opinion of judge Maruste		CASE OF STEC AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 12 th April 2006, (Applications nos. 65731/01 and 65900/01) No violation of Articles 14+1 P1 Dissenting opinion: judge Loucaides
64.	CASE OF PALADI v. MOLDOVA, 10 th March 2009, (Application no. 39806/05) Violation of Articles 3, 5.1 and 34 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of violation of Article 34): Costa; Šikuta; Malinverni, Costa, Jungwiert, Myjer, Sajó, Lazárova Trajkovska and Kakakaş; (concerning the finding of violation of Article 3) Myjer, Sajó; (concerning the finding of violation of Article 5.1) Sajó.		CASE OF RAMIREZ SANCHEZ v. FRANCE, 4 th July 2006, (Application no. 59450/00) No violation of Article 3, violation of Article 13 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 3) Casadevall, Rozakis, Tsatsa-Nikolovska, Fura-Sandström, Popović
65.	CASE OF VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN SCHWEIZ (VgT) v. SWITZERLAND (No. 2), 30 th June 2009, (Application no. 32772/02) Violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Birsan, Myjer, Berro-Lefèvre; Sajó; Power		CASE OF MCKAY v. THE UNITED KINGDOM, 3 rd October 2006, (Application no. 543/03) No violation of Article 5.3 Dissenting opinion of judge Jebens
66.	CASE OF SCOPPOLA v. ITALY (No. 2), 17 th September 2009, (Application no. 10249/03) Violation of Articles 6 and 7 Dissenting opinion: judges (criticising the finding of violation of Article 7) Nicolaou, Bratza, Lorenzen, Jočiené, Villiger, Sajó		CASE OF ÜNER v. THE NETHERLANDS, 18 th October 2006, (Application no. 46410/99) No violation of Article 8 Dissenting opinion: judges Costa, Zupančič and Türmen
67.	CASE OF VARNAVA AND OTHERS v. TURKEY, 18 th September 2009, (Applications		CASE OF HERMI v. ITALY, 18 th October 2006, (Application no. 18114/02)

	<p>nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90)</p> <p>Violation of Articles 2, 3, 5</p> <p>Dissenting opinion: judge (criticising the finding that the time limit was observed) Erö- nen</p>		<p>No violation of Article 6</p> <p>Dissenting opinions: judges Roza- kis, Spielmann, Myjer, Ziemele; Judge Zupančič</p>
68.	<p>CASE OF MICALLEF v. MAL- TA, 15th October 2009, (Ap- plication no. 17056/06)</p> <p>Violation of Article 6.1</p> <p>Dissenting opinions: judges Costa, Jungwiert, Kovler, Fu- ra; Björgvinsson, Malinverni</p>		<p>CASE OF JUSSILA V. FINLAND, 23rd November 2006, (Application no. 73053/01)</p> <p>No violation of Article 6</p> <p>Dissenting opinion: judges (criticis- ing the finding of no violation of Article 6) Loucaides Judges Zupančič, Spielmann</p>
69.	<p>CASE OF SEJDIĆ AND FINCI v. BOSNIA AND HERZE- GOVINA, 22nd December 2009, (Applications nos. 27996/06 and 34836/06)</p> <p>Violation of Articles 14 + 3 P1 and 1 P12</p> <p>Dissenting opinions: judges (criticising the finding of vio- lation of Article 14 3 P1) Mi- jović, Hajiyev; (criticising the finding of both violations) Bonello</p>		<p>CASE OF MARKOVIC AND OTHERS v. ITALY, 14th December 2006, (Application no. 1398/03)</p> <p>No violation of Article 6</p> <p>Dissenting opinion: Zagrebelsky Zupančič, Jungwiert, Tsatsa- Nikolovska, Ugrekheldze, Kovler, Davíd Thór Björgvinsson</p>
70.	<p>CASE OF ORŠUŠ AND OTH- ERS v. CROATIA, 16th March 2010, (Application no. 15766/03)</p> <p>Violation of Articles 6.1 and 14 + 2 P1</p> <p>Dissenting opinion: judges (criticising the finding of vio- lation of Article 14 + 2 P1) Jungwiert, Vajić, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre, Vučinić</p>		<p>CASE OF ANHEUSER-BUSCH INC. v. PORTUGAL, 11th January 2007, (Application no. 73049/01)</p> <p>No violation of article 1 P1</p> <p>Dissenting opinion: judges Cafilisch, Cabral Barreto</p>
71.	<p>CASE OF MC FARLANE v. IRELAND, 10th September 2010, (Application no. 31333/06)</p> <p>Violation of Articles 6.1 and 13</p> <p>Dissenting opinions: judges (criticising the absence of dismissal of the application due to the non-exhaustion of domestic remedies) Gyulumyan, Ziemele, Bianku, Power; Lopez-Guerra</p>		<p>CASE OF EVANS v. THE UNITED KINGDOM, 10th April 2007, (Appli- cation no. 6339/05)</p> <p>No violation of Articles 2, 8 14+8</p> <p>Dissenting opinion: judges (criticis- ing the finding of no violation of Articles 8 and 14+8) Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann, Ziemele</p>
72.	<p>CASE OF PERDIGÃO v. POR- TUGAL, 16th November 2010, (Application no. 24768/06)</p> <p>Violation of Article 1 P1</p> <p>Dissenting opinion: judges Lorenzen, Casadevall, Fura</p>		<p>CASE OF O'HALLORAN AND FRAN- CIS v. THE UNITED KINGDOM, 29th June 2007, (Applications nos. 15809/02 and 25624/02)</p> <p>No violation of Article 6.1</p> <p>Dissenting opinions: judges Pav- lovski; Myjer</p>

73.	CASE OF PAKSAS v. LITHUANIA, 6 th January 2011, (Application no. 34932/04) Violation of Article 3 P1 Dissenting opinion: judges Costa, Tsotsoria, Baka		CASE OF J.A. PYE (OXFORD) LTD AND J.A. PYE (OXFORD) LAND LTD v. THE UNITED KINGDOM, 30 th August 2007, (Application no. 44302/02) No violation of Article 1 P1 Dissenting opinions: judges Rozakis, Bratza, Tsatsa-Nikolovska, Gyulumyan, Šikuta; Loucaides, Kovler
74.	CASE OF BAYATYAN v. ARMENIA, 7 th July 2011, (Application no. 23459/03) Violation of Article 9 Dissenting opinion: judge Gyulumyan		CASE OF LINDON, OTCHAKOVSKY-LAURENS AND JULY v. FRANCE, 22 nd October 2007, (Applications nos. 21279/02 and 36448/02) No violation of Articles 10 and 6.1 Dissenting opinion: judges (criticising the finding of no violation of Article 10) Rozakis, Bratza, Tulkens, Šikuta
75.	CASE OF AL-JEDDA v. THE UNITED KINGDOM, 7 th July 2011, (Application no. 27021/08) Violation of Article 5.1 Dissenting opinion: judge Poalelungi		CASE OF STOLL v. SWITZERLAND, 10 th December 2007, (Application no. 69698/01) No violation of Article 10 Dissenting opinion: judges Zagrebelsky, Lorenzen, Fura-Sandström, Jaeger, Popović
76.	CASE OF AXEL SPRINGER AG v. GERMANY, 7 th February 2012, (Application no. 39954/08) Violation of Article 10 Dissenting opinion: judges López Guerra, Jungwiert, Jaeger, Villiger, Poalelungi		CASE OF SAADI v. THE UNITED KINGDOM, 29 th January 2008, (Application no. 13229/03) Violation of Article 5.2, no violation of Article 5.1 Dissenting opinion: judges (criticising the finding of no violation of Article 5.1) Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann, Hirvelä
77.	CASE OF CENTRO EUROPA 7 S.R.L. AND DI STEFANO v. ITALY, 7 th June 2012, (Application no. 38433/09) Violation of Article 10 and 1 P1 Dissenting opinions (criticising also the applicants' victim status): judges Sajó, Karakaş, Tsotsoria; Popović, Mijović; Steiner		CASE OF BURDEN v. THE UNITED KINGDOM, 29 th April 2008, (Application no. 13378/05) No violation of Articles 14+1 P1 Dissenting opinion: judges Zupančič, Borrego Borrego
78.	CASE OF VISTINŠ AND PEREPJOLKINS v. LATVIA, 25 th October 2012, (Application no. 71243/01) Violation of Article 1 P1 Dissenting opinion: judges Bratza, Garlicki, Lorenzen, Tsotsoria, Pardalos		CASE OF YUMAK AND SADAK v. TURKEY, 8 th July 2008, (Application no. 10226/03) No violation of Article 3 P1 Dissenting opinion: judges Tulkens, Vajić, Jaeger, Šikuta
79.	CASE OF X AND OTHERS v. AUSTRIA, 19 th February 2013, (Application no. 19010/07) Violation of Article 14 + 8 (partially) Dissenting opinion: judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano Sicilianos		CASE OF BYKOV v. RUSSIA, 10 th March 2009, (Application no. 4378/02) Violation of Articles 5.3. and 8, no violation of Article 6 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 6) Costa; Spielmann, Rozakis, Tulkens, Casadevall, Mijović

80.	CASE OF VINTER AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 9 th July 2013, (Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10) Violation of Article 3 Dissenting opinion: judge Villiger		CASE OF MOOREN v. GERMANY, 9 th July 2009, (Application no. 11364/03) Violation of Article 5.4, no violation of Article 5.1 Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 5.1) Rozakis, Tulkens, Casadevall, Gyulumyan, Hajiyev, Spielmann, Berro-Lefèvre, Bianku
81.	CASE OF VALLIANATOS AND OTHERS v. GREECE, 7 th November 2013, (Applications nos. 29381/09 and 32684/09) Violation of Article 14+8 Dissenting opinion (criticising the finding that the applicant exhausted domestic remedies): judge Pinto de Albuquerque		CASE OF ENEA v. ITALY, 17 th September 2009, (Application no. 74912/01) Violation of Articles 8 and 6.1 (partly), no violation of Articles 3 and 6.1 (partly) Dissenting opinion: judges (criticising the finding of no violation of Article 3) Kovler and Gyulumyan
82.	CASE OF SÖDERMAN v. SWEDEN, 12 th November 2013, (Application no. 5786/08) Violation of Article 8 Dissenting opinion: judge Kalaydjieva		CASE OF KART v. TURKEY, 3 rd December 2009, (Application no. 8917/05) No violation of Article 6.1 Dissenting opinions: judges Bonello, Zupančič, Gyulumyan; Power
83.	CASE OF X v. LATVIA, 26 th November 2013, (Application no. 27853/09) Violation of Article 8 Dissenting opinion: judges Bratza, Vajić, Hajiyev, Šikuta, Hirvelä, Nicolaou, Raimondi, Nussberger		CASE OF CARSON AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 16 th March 2010, (Application no. 42184/05) No violation of Article 10 + 1 P1 Dissenting opinion: judges Tulkens, Vajić, Spielmann, Jaeger, Jočienė, López Guerra
84.			CASE OF BROSSET-TRIBOULET AND OTHERS v. FRANCE, 29 th March 2010, (Application no. 34078/02) No violation of Article 1 P1, examination under Article 8 unnecessary Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 1 P1): Bratza, Vajić, David Thór Björgvinsson, Kalaydjieva; criticising the finding that examination under Article 8 is not necessary) Kovler.
85.			CASE OF DEPALLE v. FRANCE, 29 th March 2010, (Application no. 34044/02) No violation of Article 1 P1, examination under Article 8 unnecessary Dissenting opinions: judges (criticising the finding of no violation of Article 1 P1): Bratza, Vajić, David Thór Björgvinsson, Kalaydjieva; criticising the finding that examination under Article 8 is not necessary) Kovler.
86.			CASE OF KONONOV v. LATVIA, 17 th May 2010, (Application no. 36376/04) No violation of Article 7

			Dissenting opinion: judges Costa, Kalaydjieva, Poalelungi
87.			CASE OF NEULINGER AND SHURUK v. SWITZERLAND, 6 th July 2010, (Application no. 41615/07) "Would be" a violation of Article 8 should the national decision be enforced Dissenting opinions: judges (criticising the conditional formulation of the Court's judgment and claiming that there already was a violation of Article 8): Jočienė, Sajó, Tsotsoria; Zupančič
88.			CASE OF MANGOURAS v. SPAIN, 28 th September 2010, (Application no. 12050/04) No violation of Article 5.3 Dissenting opinion: judges Rozakis, Bratza, Bonello, Cabral Barreto, David Thór Björgvinsson, Nicolaou, Bianku
89.			CASE OF A, B AND C v. IRELAND, 16 th December 2010, (Application no. 25579/05) In respect of applicants a and B: no violation of Article 8 or 13+8, in respect of applicant C: violation of Article 8 Dissenting opinion (criticising the finding of no violation of Article 8 in respect of applicants a and B): judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni, Poalelungi
90.			CASE OF LAUTSI AND OTHERS v. ITALY, 18 th March 2011, (Application no. 30814/06) No violation of Article 2 P1, no separate issue under Article 9 Dissenting opinion: judges Malinverni, Kalaydjieva
91.			CASE OF GIULIANI AND GAGGIO v. ITALY, 24 th March 2011, (Application no. 23458/02) No violation of Articles 2, 13, 38 Dissenting opinions (different aspects): judges Rozakis, Tulkens, Zupančič, Gyulumyan, Ziemele, Kalaydjieva, Karakaş
92.			CASE OF STUMMER v. AUSTRIA, 7 th July 2011, (Application no. 37452/02) No violation of Articles 14 + 1 P1 and 4 Dissenting opinion: judges (criticising the finding of no violation of Article 14 + 1 P1) Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popović, Malinverni, Pardalos; (criticising the finding of no violation of Article 4) Tulkens
93.			CASE OF PALOMO SÁNCHEZ AND OTHERS v. SPAIN, 12 th September 2011, (Applications nos. 28955/06,

			28957/06, 28959/06 and 28964/06) No violation of Article 10 read in light of Article 11 Dissenting opinion: judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović, Vučinić
94.			CASE OF NEJDET ŞAHİN AND PERİHAN ŞAHİN v. TURKEY, 20 th October 2011, (Application no. 13279/05) No violation of Article 6.1 Dissenting opinion: judges Bratza, Casadevall, Vajić, Spielmann, Rozakis, Kovler, Mijović
95.			CASE OF S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, 3 rd November 2011, (Application no. 57813/00) No violation of Article 8 Dissenting opinion: judges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria
96.			CASE OF AL-KHAWAJA AND TAHERY v. THE UNITED KINGDOM, 15 ^h December 2011, (Applications nos. 26766/05 and 22228/06) No violation of Article 6.1 (partly), violation of Article 6.1 (partly) Dissenting opinion: (criticising the finding of no violation of Article 6.1) judges Karakaş, Sajó
97.			CASE OF STANEV v. BULGARIA, 17 th January 2012, (Application no. 36760/06) Violation of Articles 5.1, 5.4, 5.5, 3 6.1 and 13 + 3, no separate issue arising under Article 8 Dissenting opinions: judges (criticising the finding that it was not necessary to examine the case under Article 6) Tulkens, Spielmann and Laffranque; Kalaydjieva
98.			CASE OF AUSTIN AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, 15 th March 2012, (Applications nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09) No violation of Article 5 Dissenting opinion: judges Tulkens, Spielmann, Garlicki
99.			CASE OF AKSU v. TURKEY, 15 th March 2012, (Applications nos. 4149/04 and 41029/04) No violation of Article 8 Dissenting opinion: judge Gyulumyan
100.			CASE OF KOTOV v. RUSSIA, 3 rd April 2012, (Application no. 54522/00) No violation of Article 1 P1 Dissenting opinion: judges (criticising the finding of no violation of Article 1 P1) Lorenzen, Fura, Popović, Malinverni, Raimondi

101.			CASE OF BOULOIS v. LUXEMBOURG, 3 rd April 2012, (Application no. 37575/04) No violation of Article 6.1 Dissenting opinion: judges Tulkens, Yudkivska
102.			CASE OF VAN DER HEIJDEN v. THE NETHERLANDS, 3 rd April 2012, (Application no. 42857/05) No violation of Article 8 and no need to examine under Article 14+8 Dissenting opinions: judges Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančič, Laffranque; Casadevall, López Guerra
103.			CASE OF SCOPPOLA v. ITALY (No. 3), 22 nd May 2012, (Application no. 126/05) No violation of Article 3 P1 Dissenting opinion: judge Björgvinsson
104.			CASE OF KURIĆ AND OTHERS v. SLOVENIA, 26 th June 2012, (Application no. 26828/06) Violation of Articles 8, 13 and 14; non-exhaustion of domestic remedies in respect of Mr Dabetić and Mrs Ristanović Dissenting opinions (criticising the finding of non-exhaustion of domestic remedies in respect of Mr Dabetić and Mrs Ristanović): Vučinić; Bratza, Tulkens, Spielmann, Kovler, Kalaydjieva, Vučinić, Raimondi; Costa
105.			CASE OF MOUVEMENT RAËLIEN SUISSE v. SWITZERLAND, 13 th July 2012, (Application no. 16354/06) No violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić, Yudkivska; Pinto de Albuquerque
106.			CASE OF ANIMAL DEFENDERS INTERNATIONAL v. THE UNITED KINGDOM, 22 nd April 2013, (Application no. 48876/08) No violation of Article 10 Dissenting opinions: judges Ziemele, Sajo, Kalaydjieva, Vučinić and De Gaetano; Tulkens, Spielmann, Laffranque
107.			CASE OF SINDICATUL "PĂSTORUL CEL BUN" v. ROMANIA, 9 th July 2013, (Application no. 2330/09) No violation of Article 11 Dissenting opinion: judges Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse, Jäderblom
108.			CASE OF JANOWIEC AND OTHERS v. RUSSIA, 21 st October 2013, (Applications nos. 55508/07 and 29520/09)

			No competence to examine under Article 2, no violation of Article 3, violation of Article 38 Dissenting opinions: (criticising the findings concerning Articles 2 and 3) judges Wojtyczek; Ziemele, de Gaetano, Laffranque, Keller
--	--	--	---

Reakcja sądów krajowych na dynamiczną wykładnię prawa międzynarodowego

Michał Piotr Kaszubski

Spis treści

1. Uwagi wstępne (225)
2. Reakcja sądów krajowych na dialog sędziowski – zastrzeżenia nauki prawa (225)
3. Zastrzeżenia wobec dialogu sędziowskiego pomiędzy sądami krajowymi (229)
4. Orzecznictwo sądów międzynarodowych a kwestia suwerenności państwowej (231)
5. Działalność sądów krajowych jako ograniczenie monopolu orzeczniczego sądów międzynarodowych (234)
6. Konieczność zapewnienia jednolitej interpretacji aktu jako uzasadnienie dla dialogu sądowego (236)
7. Przedstawienie praktyki sądowej innych państw jako argumentu dla wsparcia własnego orzeczenia (244)
8. Odmowa zastosowania się do orzeczenia sądu międzynarodowego skierowanego do sądu krajowego (245)
9. Podsumowanie (253)

1. Uwagi wstępne

Pomimo dynamicznego rozwoju prawa międzynarodowego w ostatnich latach, sądy krajowe państw demokratycznych bądź podlegających przemianom demokratyzującym wykazywały co do zasady pewną nieufność w stosunku do prawa międzynarodowego, w szczególności co do prawa międzynarodowego w treści ujawnionej w motywach rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych jako podstawy prawnej rozstrzygnięć jurydycznych sądów krajowych. Można wskazać ku temu szereg przesłanek, które zostaną zarysowane w dalszej części niniejszego opracowania. Podejście sądów krajowych do prawa międzynarodowego w ogólności, a rozstrzygnięć międzynarodowych i ponadnarodowych sądów w szczególności, ulega cały czas dynamicznym przemianom, a proces ewolucji tego podejścia ma charakter trwały i prawdopodobnie nie sposób wskazać ostatecznego wyniku tychże przemian. Ocena tych okoliczności ma przy tym istotne znaczenie dla zbadania problemu dialogu sędziowskiego i wpływu tego dialogu na kształtowanie się ostatecznej oceny jurydycznej dokonywanej przez sąd krajowy w konkretnej sprawie przedstawionej mu do rozstrzygnięcia.

2. Reakcja sądów krajowych na dialog sędziowski – zastrzeżenia nauki prawa

Rozważając stan nauki prawa w przedmiocie reakcji sądów krajowych na postawę sądów międzynarodowych oraz samej istoty dialogu sędziowskiego wskazać należy na relatywnie skąpą literaturę przedmiotu. Jeżeli natomiast takie poglądy dostrzeżone zostały w literaturze,

omawia się je najczęściej niejako „przy okazji” innego ujęcia aktywizmu sędziowskiego, przykładowo sposobu wykładni umów międzynarodowych. Wydaje się, że problemem badaczy jest konieczność synkretycznego ujęcia problemu, a więc zarówno szerokiej znajomości zarówno zasad prawa międzynarodowego *in abstracto*, jak również często szczegółowego poznania *in concreto* aktu prawa międzynarodowego poddawanego analizie, ale także i konieczność poznania zasad rządzących wykładnią prawa krajowego i przełożeniem zdobytych orzeczniczych prawa międzynarodowego na system prawa krajowego. Szczególnie trudne jawi się zaś zastosowanie prawa międzynarodowego w konkretnej sprawie o charakterze krajowym.

W konsekwencji, przez zasłonę milczenia przebijają się jedynie takie poglądy, które można określić mianem wyrazistych, przy czym dotyczy to zarówno poglądów sprzyjających entuzjastycznemu podejściu sądów krajowych do dynamicznej wykładni prawa międzynarodowego czynionej przez sądy międzynarodowe, jak i poglądów szczególnie nieprzychylnych jakiegokolwiek wykładni prawa międzynarodowego przez podmiot inny niż sędzia krajowy.

Przychylnie stanowisko względem sądów międzynarodowych zajęła m.in. P. O'Brien¹, która sprzeciwia się zastosowaniu tradycyjnej koncepcji hierarchicznej dla określenia stosunków pomiędzy sądami krajowymi i międzynarodowymi, niezależnie od tego, które z nich miałyby uzyskać pierwszeństwo. Autorka nie podziela poglądu, zgodnie z którym poszukiwanie inspiracji w orzecznictwie sądów międzynarodowych miałyby pozbawiać w istocie sądy krajowe jurysdykcji do rozstrzygania sporów – wręcz przeciwnie, będzie to służyć wypełnieniu zobowiązania wymiaru sprawiedliwości do kierowania się prawem. Autorka konkluduje wyrażając pogląd, zgodnie z którym sprawiedliwość nie może być powierzona wyłącznie krajowym bądź wyłącznie międzynarodowym sądom, ale wymaga wkładu obu rodzajów instytucji sądowych, których stosunki będą dynamicznie i ciągle ewoluowały w stronę komplementarności. W ocenie P. O'Brien, zjawisko to należy uznać za pozytywne, gdyż działa ono na korzyść zwiększenia jakości ochrony jednostki. Z jednej strony, prawo międzynarodowe wymaga dla swej efektywności działań ze strony krajowych systemów prawnych, z drugiej strony zaś sądy międzynarodowe są najczęściej swego rodzaju „sądami ostatecznymi”, pozwalającymi odnaleźć rozwiązanie dla nierzadko bardzo skomplikowanych problemów faktycznych.

Stanowisko umiarkowane zajmuje m.in. J. P. Cerone, który nie sprzeciwia się wpływowi sądów międzynarodowych na orzecznictwo sądów krajowych, wskazuje jednak szereg kryteriów, które w jego ocenie wpływają na stopień akceptacji poglądów sądów międzynarodowych, a w konsekwencji na możliwość wywierania przez nie wpływu na orzecznictwo sądów krajowych². Autor co prawda skupia się na międzynarodowym sądownictwie karnym, ale jego spostrzeżenia mają pewną wartość ogólną – wskazują, że istnieje szczególny rodzaj oportunistu sądowego, nakazujący sędziom krajowym brać pod uwagę jedynie te poglądy wyrażone w orzecznictwie sądów międzynarodowych, które nie wywołają szczególnego sprzeciwu w danym państwie, w szczególności wśród sfer aktualnie rządzących.

Interesujące jest natomiast stanowisko sędzi G. Luebbe-Wolff z niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*dalej* FSK), która argumentuje, że jedną z ról sądów krajowych (szczególnie sądów konstytucyjnych) jest poddanie odpowiednio merytorycznej krytyce

¹ Zob. P. O'Brien, *The Protection of Human Rights is for All*, Georgia Law Advocate Magazine 2013, vol. 47, s. 17.

² Zob. J. P. Cerone, *Dynamic Equilibrium: The Evolution of US Attitudes toward International Criminal Courts and Tribunals*, European Journal of International Law, vol. 18, nr 2, s. 277.

orzecznictwa sądów międzynarodowych, co jest niemożliwe bez realizacji dialogu sędziowskiego. Jednocześnie, w ocenie autorki potencjalny upór najwyższych sądów krajowych przejawiający się w „odmowie ogłoszenia bezwarunkowej kapitulacji [oraz] nieograniczonej akceptacji” wobec Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (*dalej* ETPC) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowi „raczej funkcjonalny niż dysfunkcyjny element w systemie prawa unijnego i konwencyjnego”³. Stanowisko to zasługuje na aprobatę – odrzucając dialog sędziowski jako taki i niejako nie dostrzegając orzecznictwa sądów międzynarodowych, sądy krajowe pozbawiają się szansy, choćby potencjalnej, na wywarcie wpływu na sądy międzynarodowe i być może ukształtowanie ich praktyki orzeczniczej w sposób łatwiejszy do zaakceptowania pod względem wartości konkretnej jurysdykcji krajowej. Z drugiej strony, pozbawiona jakiegokolwiek procesu myślowego akceptacja poglądów sądów międzynarodowych, choćby na zasadzie uznania podległości funkcjonalnej, również nie służy rozwojowi prawa. Nie ma bowiem wątpliwości, że także sądy międzynarodowe potrzebują – dla rozwoju swojego orzecznictwa – impulsów ze strony sądów krajowych, które to impulsy znacznie łatwiej nadać przez odpowiednio umotywowane nieposłuszeństwo niż przez bezwarunkową akceptację dynamicznej wykładni dokonanej przez sąd międzynarodowy, który wówczas przecież nie będzie miał żadnej motywacji do ponownego rozważenia swojego poglądu⁴ prowadzącego do dalszego, bardziej zrównoważonego rozwoju orzecznictwa w zakresie badanej normy⁵.

Umiarkowanie przeciwnie wypowiada się natomiast D. J. Kochan, który za podstawę sprzeciwu wobec uznania sądów krajowych dla orzecznictwa sądów międzynarodowych w krajowym procesie stosowania prawa (czy nawet szerzej – prowadzenia wszelkiego dialogu sądowego) przyjmuje brak politycznego umocowania sądów do wprowadzania standardów międzynarodowych do prawa krajowego z pominięciem właściwego krajowego trybu stano-

³ Zob. G. Luebbe-Wolff, *Who Has the Last Word? National and Transnational Courts, Conflicts and Cooperation*, Yearbook of International Law 2011, vol. 30, s. 86-99.

⁴ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 9 grudnia 2009 r. w sprawie nr [2009] UKSC 14, *R. przeciwko Horncastle et al.*, pkt 11, w którym lord Phillips, odmawiając podzielenia argumentacji obrońcy opartej na wyroku ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawach nr 26766/05 & 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (uznającej oparcie skazania „wyłącznie bądź w przeważającym stopniu” na poszlakach za naruszenie art. 6 Konwencji), wskazał, co następuje: „Wymóg [ustawowy], aby „wziąć pod uwagę” orzecznictwo strasburskie zazwyczaj skutkuje tym, że Sąd stosuje zasady, które w sposób jasny stwierdził Trybunał w Strasburgu. Jednakże, wystąpią wyjątkowe sytuacje, w których Sąd będzie miał wątpliwości co do tego, czy orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sposób wystarczający docenia bądź uwzględnia szczególne cechy naszej procedury krajowej. W takich przypadkach Sąd będzie miał możliwość odmowy uwzględnienia orzeczenia strasburskiego, podając motywy zajęcia takiego stanowiska. Takie postępowanie zapewni Trybunałowi w Strasburgu sposobność ponownego rozważenia tego szczególnego, spornego aspektu orzeczenia, a to, co będzie miało wówczas miejsce, może okazać się cennym dialogiem pomiędzy Sądem a Trybunałem w Strasburgu. Taka sytuacja zachodzi w niniejszym przypadku”.

⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 3 listopada 2010 r. w sprawie nr [2010] UKSC 45, *Manchester City Council przeciwko Pinnock*, pkt 48, w którym lord Neuberger przyjmując pogląd Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odnośnie eksmisji w miejsce dotychczas obowiązującego precedensu Izby Lordów stwierdził, że: „Sąd nie ma obowiązku stosować się do każdej decyzji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Nie tylko byłoby to niepraktyczne, ale czasem wręcz niewłaściwe, gdyż pozbawiłoby to Sąd możliwości udziału w konstruktywnym dialogu (...), który ma dużą wartość dla rozwoju prawa Konwencji”.

wienia prawa – automatycznie przyjmując, że w braku takiego umocowania odwołanie się do orzecznictwa międzynarodowego stanowi działanie *ultra vires*⁶.

Stanowisko skrajnie przeciwne aktywizmowi sędziowskiemu i domagające się stosownej reakcji sądów krajowych (a przede wszystkim – opinii publicznej i prawodawcy krajowego) prezentuje m.in. R. H. Bork, były prokurator generalny Stanów Zjednoczonych i były sędzia⁷. Autor ten łączy aktywizm sędziowski z lewicowymi poglądami, upatrując źródła tegoż aktywizmu w „niefortunnych nominacjach sędziowskich”, ale także w „ponadnarodowej wojnie kultur”, która skłania sędziów do promowania wartości (czy też raczej „antywartości”), wrogich ich kulturom, a określanej mianem „imperializmu sądowego”. Z uwagi na bardzo obszerne i skomplikowane wywody autora, jednocześnie postrzeganego (m.in. przez wyżej powołanego D. J. Kochana) za sztandarową postać konserwatyzmu prawnego, zasługują one na bardziej szczegółowe przytoczenie. Otóż, Bork wyraźnie sprzeciwia się rozwojowi sprawiedliwości międzynarodowej rozumianej jako poddanie działań państw jakiegokolwiek kontroli sądowej, którą uważa za zagrożenie dla uprawnienia większości narodowej do wyboru formy i sposobu zarządzania swoim państwem. Nie sposób odmówić przy tym pewnej trafności pogładowi powątpiewającemu, aby efektywna kontrola sądowa była rzeczywiście niezbędna dla działania demokracji i skutecznej ochrony praw jednostki, skoro dawniej ustroje demokratyczne obywateli się bez tego rodzaju kontroli nad działaniami administracji państwowej, a ewentualna kontrola sądowa o charakterze konstytucyjnym prawdopodobnie nie powstrzymałyby przykładowo zbrodni nazistowskich. W ocenie Borka szczególnym zagrożeniem dla demokracji jest zaś dialog sądowy pomiędzy sądami krajowymi (w szczególności sądami konstytucyjnymi) z sądami międzynarodowymi, określane dość pogardliwie mianem „konferowania sędziów krajowych z ich obcymi odpowiednikami” i prowadzący do – niedopuszczalnego w ocenie autora – organizowania konferencji międzynarodowych z udziałem sędziów, profesorów i działaczy społecznych pragnących „omówić sposoby stworzenia nowych uprawnień”⁸ albo wręcz – o zgrozo – posiłkowania się dorobkiem sądów międzynarodowych w celu zapewnienia zgodnej wykładni krajowego prawa konstytucyjnego. Należy zwrócić uwagę, że w okresie prezydentury G. W. Busha wyraźnie sprzeciwiał się temu także Kongres, a więc stanowisko Borka nie było odosobnione. Podkreślenia przy tym wymaga dość osobliwy pogląd autora odnośnie pojęcia uprawnienia konstytucyjnego, które nakazuje rozpatrywać – wbrew dominującej tendencji – jako poddający się jedynie interpretacji zwięzającej wyjątek od ogólnej zasady, jaką jest prawo większości do podejmowania decyzji w formie ustawowej. Autor stanowczo sprzeciwia się możliwości nadania statusu wykonalności orzeczeniom sądów międzynarodowych w prawie krajowym, uważając je za wydane w upolitycznionych procesach pokazowych, prowadzonych przez „sprzymierzeńców Lewicy (*The Left*) w międzynarodowej wojnie propagandy politycznej”. Wydaje się, że taki pogląd jest logiczną konsekwencją przekonań autora co do braku istnienia prawa międzynarodowego w ogólności, a zwyczajowo-

⁶ Zob. D. J. Kochan, *Sovereignty and the American Courts at the Cocktail Party of International Law: The Dangers of Domestic Judicial Invocations of Foreign and International Law*, Fordham International Law Journal 2005, vol. 29, nr 3, s. 507.

⁷ Zob. R. H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Aei Press 2003. Dosłowne cytaty z wypowiedzi Borka pochodzą z tego dzieła.

⁸ R. H. Bork wskazuje jako przykład szczególnie wyraźnego zagrożenia bliżej nieokreśloną konferencją w Londynie z 1999 r., której celem było „rozważenie możliwości ustanowienia zachowania homoseksualnego uprawnieniem konstytucyjnym” (*ibidem*, s. 16).

wego prawa międzynarodowego i prawa konfliktów zbrojnych w szczególności. Nadto, autor niekiedy wypowiada poglądy pozbawione zupełnie oparcia prawnego – przykładowo stwierdzając, że „Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że z uwagi na artykuł dotyczący poszanowania życia prywatnego nieważne są ustawy zakazujące sodomii (*anti-sodomy laws*) w Irlandii Północnej”⁹. Podsumowując powyższy opis, Bork prezentuje najbardziej skrajne podejście do sądów międzynarodowych, wymagające od sądów krajowych całkowitego niemal wyrzeczenia się korzystania z ich dorobku. Co interesujące, autor ten zdaje się wpadać w tę samą przypadłość, którą zarzuca sądom – jednakże, miast lewicowej czy też „Nowolewicowej” (*New Left*) polityki krzewi przekonanie o międzynarodowym spisku, godzącym w tradycyjne prawicowe i religijne wartości, któremu trzeba dzielnie stawić czoło.

R. H. Bork jest sztandarową postacią antyaktywizmu sędziowskiego, a analizując jego poglądy można wskazać następujące dwa źródła aktywizmu sędziowskiego.

Pierwszym, niejako wewnętrznym źródłem aktywizmu sędziowskiego jest „wojna kultur”, której wyznaczniki zostały wskazane wyżej.

Drugim źródłem aktywizmu sędziowskiego jest postępujące umiędzynarodowienie prawa. Przeciwnicy aktywizmu sędziowskiego zdecydowanie sprzeciwiają się zatem regulacjom prawnym dotyczącym użycia siły w stosunkach międzynarodowych, możliwości dochodzenia sprawiedliwości przed sądami międzynarodowymi (w szczególności gdy chodzi o stawianie zarzutów własnemu państwu skarżącego), jak również przyjmowaniu jurysdykcji uniwersalnej przez systemy krajowe¹⁰. Autor kwestionuje przy tym istotę zwyczajowego prawa międzynarodowego – będącego w jego ocenie podstawą regulacji międzynarodowych konfliktów zbrojnych – wskazując, że „nie ma nic, co można by nazwać prawem w jakimkolwiek znaczeniu tego słowa, a pochodzącego od zwyczaju. Jeżeli nawet coś takiego istnieje, to zdecydowanie nie ogranicza agresji międzynarodowej, lecz ją wzmaga (...). [T]o powinno wyleczyć nas ze złudzeń, że zwyczajowe prawo międzynarodowe stanowi jakkolwiek standard prawny”¹¹.

3. Zastrzeżenia wobec dialogu sędziowskiego pomiędzy sądami krajowymi

Dla odmiany, sprzeciw wobec dialogu sędziowskiego pomiędzy różnymi sądami krajowymi (w odróżnieniu od aktywizmu sędziowskiego jako takiego) wydaje się występować stosunkowo rzadko. K. Littlepage upatruje źródła dialogu sędziowskiego w wykształceniu się coraz bardziej niezależnych i coraz silniejszych sądów krajowych, które z jednej strony chroniąc swoją niezawisłość nierzadko sprzeciwiają się przyjmowaniu wprost poglądów wyrażanych przez sądy innych państw, ale jednocześnie uczestniczą w przekazie orzecznictwa, poglądów i treści prawnych w sposób nieformalny, dokonując „poziomej integracji prawnej”, która zdaniem autorki jest niemal pewnym skutkiem dialogu sędziowskiego o charakterze transnarodowym¹². przypis dotyczy innego autora niż Littlepage W odróżnieniu od R. H. Borka, Little-

⁹ *Ibidem*, s. 27.

¹⁰ *Ibidem*, s. 15.

¹¹ *Ibidem*, s. 17.

¹² Tzn. dialogu pomiędzy sądami krajowymi, a dokładnie pomiędzy sędziami sądów krajowych różnych państw. Zob. K. Littlepage, *Transnational Judicial Dialogue and Evolving Jurisprudence in the Process of European Legal Integration*, referat wygłoszony na konferencji European Union Studies As-

page oraz powołani przez nią autorzy¹³ obawiają się raczej nie tyle samego udziału prawa obcego i obcego orzecznictwa interpretującego to prawo w praktyce krajowej, lecz raczej zniekształcenia praktyki krajowej wskutek niespodziewanych wyników interakcji prawa krajowego i obcego¹⁴. Na podkreślenie zasługuje także trafny pogląd, zgodnie z którym sukces „integracji poziomej” wynika właśnie z dobrowolnego udziału w niej sędziów krajowych, którzy w rezultacie stworzą nieformalną sieć współpracujących ze sobą poza zorganizowanymi strukturami państwowymi czy ponadpaństwowymi sędziów sądów krajowych¹⁵. Jest bowiem oczywiste, że dobrowolne zaakceptowanie przez sędziów faktu, że wykładnia prawa dokonana przez inne sądy może stać się źródłem inspiracji dla rozwiązania analogicznych problemów krajowych, prowadzi do zaakceptowania koncepcji dialogu sędziowskiego jako takiej. Widocznym wyrazem dialogu sędziowskiego staje się przy tym nie tylko działalność orzecznicza sądów, ale także działalność naukowa, dydaktyczna i organizacyjna poszczególnych sędziów, jak również inne przejawy współpracy sądowej, m.in. tak krytykowane przez Borka formalne i nieformalne spotkania sędziów z różnych jurysdykcji krajowych, nierzadko z udziałem sędziów sądów międzynarodowych. Oczywiście, na co słusznie zwraca uwagę Littlepage, rozwój dialogu sędziowskiego wymaga odpowiedniego „podejścia umysłowego” sędziów (*mental disposition of judges*)¹⁶, a więc ich chęci aktywnego poszukiwania i badania obcego orzecznictwa oraz woli i możliwości (nieradko wręcz osobistych możliwości i zdolności danego sędziego) poddania go procesowi obróbki myślowej w celu uzyskania odpowiedzi bądź chociaż podpowiedzi co do rozwiązania konkretnego problemu o charakterze orzeczniczym.

Podejście umiarkowanych zwolenników dialogu sędziowskiego do przedmiotowego problemu jest jeszcze inne. Otóż, sensem dialogu sędziowskiego ma być nie tyle „przedstawienie możliwości powołania przez sędziów obcego prawa jako wiążącego precedensu, lecz raczej jako źródła inspiracji, szczególnie w przypadku, w którym prawo krajowe jest przestarzałe, niejasne bądź wewnętrznie sprzeczne”¹⁷. B. Markesinis i inni wskazują, że dialog sędziowski jest wręcz zdecydowanie pożądany, wtedy gdy¹⁸:

- sąd ma odkryć „wspólne zasady prawa”,
- prawo krajowe zawiera lukę, nieścisłość, lub wyraźnie potrzebuje modernizacji, a pomoc byłaby wskazana,
- problem występuje w wielu podobnych systemach prawnych, a zharmonizowanie rozwiązań byłoby pożądane,

sociation w Bostonie (3-5 maja 2011 r.), s. 6. Dostępne pod adresem http://www.euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf.

¹³ Autorka powołuje się w tym względzie głównie na poglądy wyrażone przez C. McCruddena. Zob. C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, vol. 20, s. 499-532.

¹⁴ Zob. J. Jupille, J. A. Caporaso, *Domesticating Discourses: European Law, English Judges, and Political Institutions*, *European Political Science Review* 2009, vol. 1, s. 205-228.

¹⁵ Zob. M. A. Waters, *The Role of Transnational Judicial Dialogue in Shaping Transnational Speech: International Jurisdictional Conflicts in Hate Speech and Defamation Law*, (w:) R. A. Miller, R. M. Bratspies (red.) *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Lejda 2008, s. 473-490.

¹⁶ Zob. K. Littlepage (przypis 12), s. 7.

¹⁷ Zob. J. Fedtke, B. Markesinis i in., *Judicial Recourse to Foreign Law*, Routledge-Cavendish, Londyn 2006, s. 5.

¹⁸ *Ibidem*, s. 109-137.

- doświadczenie obcego systemu prawnego, poparte zebranymi dowodami, pozwoli pokonać krajowe obawy przed skutkami konkretnego rozwiązania prawnego,
- prawo obce dostarcza dodatkowych dowodów, że zaplanowane rozwiązanie zadziałało w praktyce,
- interpretowana norma prawna pochodzi w rzeczywistości z obcego systemu prawnego bądź ma swoje źródła w akcie prawa międzynarodowego,
- problem sądu dotyczy normy zawierającej skomplikowane rozwiązania techniczne, nie zaś kwestie wymagające wartościowania.

Jednocześnie pojawiają się kolejne, wcześniej nieujawnione bądź raczej niedostrzegane problemy związane z dialogiem sędziowskim.

Po pierwsze, wskazuje się, że sądy krajowe nie tylko starają się czerpać z orzecnictwa sądów obcych dla wzmocnienia argumentacji własnego stanowiska orzeczniczego, ale także mają w zamiarze wywierać wpływ na praktykę stosowania danej normy prawnej – oczywiście o charakterze uniwersalnym, nie zaś konkretnej normy prawa krajowego – przez inne sądy krajowe należące do określonej wspólnoty myśli i poglądów oraz szeroko rozumianą wspólnotę międzynarodową, które traktują jako „część publiczności przysłuchującej się ogłoszeniu wyroków”¹⁹.

Po drugie, zaangażowanie się w dialog sędziowski (szczególnie w jego transnarodowej formie) przez sądy najwyższe, w szczególności sądy konstytucyjne, prowadzi w istocie do przyznania się do tego, do czego sądom najwyższym przyznać się nie wolno – że nie mają one wyłączności na określenie, co jest zgodne z prawem i praworządne w ich systemie prawnym. Co więcej, odwoływanie się do źródeł orzeczniczych innych jurysdykcji, częstokroć zupełnie nieznanymi podmiotom prawa w danym systemie prawnym, godzi w pewność prawa i pewność jego stosowania.

Po trzecie, udział sędziów orzekających w dualistycznych systemach prawnych w dialogu sędziowskim może prowadzić w rzeczywistości do wprowadzania do krajowego systemu prawnego „tylnymi drzwiami”²⁰ elementów pochodzących z międzynarodowego systemu prawnego bez niezbędnej implementacji środkami prawa krajowego przez władzę ustawodawczą lub wykonawczą, co godzi w istotę dualistycznego systemu norm prawnych. W takim systemie próba posługiwania się dorobkiem dialogu sędziowskiego może prowadzić do skutków zgoła przeciwnych – utrwalenia się pozycji niechętnego sądownictwu międzynarodowemu.

4. Orzecnictwo sądów międzynarodowych a kwestia suwerenności państwowej

Przez dłuższy czas w piśmiennictwie komentującym orzeczenia sądów krajowych (w szczególności amerykańskim) wyrażano przekonanie, że sądownictwo międzynarodowe (niezależnie od jego demokratycznych czy też może raczej anty-anarchizujących funkcji w porządku globalnym) opiera się na „zewnętrznym”²¹ porządku prawnym, niejako „narzuconym” w pe-

¹⁹ Zob. C. Murphy, *Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue*, Jean Monnet Working Paper 2012, nr 10, New York University School of Law, Nowy Jork 2012, s. 8.

²⁰ Zob. M. Kirby, *Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges*, Melbourne Journal of International Law 2008, nr 5, s. 171-189.

²¹ „External” – zewnętrznym w stosunku do porządku prawa krajowego.

wien sposób porządkowi krajowemu, co pociągać musi za sobą „nacisk” na przyjętą w prawie międzynarodowym wartość, jaką jest suwerenność państwa²².

E. Benvenisti wskazuje na trzy historyczne powody, dla których „państwo powinno mówić jednym głosem, to jest głosem rządu”²³. Po pierwsze, „mroczny i mętny świat dyplomacji jest oderwany od stosunków wewnętrznych państwa, gdzie powinny panować rządy prawa”. Wypada się z tym zgodzić, gdyż stosunki międzynarodowe pomiędzy suwerennymi państwami były realizowane na bardzo wielu płaszczyznach, z których płaszczyzna prawna stanowiła tylko jedną i to wcale nie najważniejszą. Ogromne znaczenie miała kwestia równowagi sił (a nawet równowagi strachu), obecnych, oferowanych, oczekiwanych i domniemanych korzyści gospodarczych i politycznych, zaś w początkowym etapie rozwoju prawa międzynarodowego – nawet kwestie osobistych stosunków czy animozji pomiędzy osobami decydującymi o prowadzonej polityce międzynarodowej. Dodatkowo, sfera prawa międzynarodowego nie miała wyraźnego i bezpośredniego przełożenia na stosunki prawne panujące w konkretnym państwie. Obecnie jednakże to regulacja prawa międzynarodowego przenika do systemu prawa krajowego i kształtuje sytuację prawną jednostek. Możliwość taka wynika zarówno z formalnej delegacji kompetencji do stanowienia prawa na podmioty ponadnarodowe (najlepszym przykładem takiej sytuacji jest prawo tworzone przez instytucje Unii Europejskiej), jak i z nieformalnej międzyrządowej koordynacji politycznej.

Drugim założeniem było to, że to właśnie na rządzie spoczywa ciężar odpowiedniej reprezentacji społeczeństwa państwowego („ludu” czy „narodu”) na arenie prawa międzynarodowego. Nie sposób kwestionować tego, ale jednocześnie należy wskazać, że przestrzeń prawna podlegająca regulacjom prawa międzynarodowego znacznie wykroczyła poza prostą regulację stosunków międzynarodowych pomiędzy państwami czy też może wyrażając to inaczej i prościej – regulację sposobu „załatwiania spraw międzypaństwowych”. Wystarczy wskazać tutaj tylko takie akty prawa międzynarodowego jak Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (*dalej* EKPC) czy też inne uregulowania dotyczące ochrony praw podstawowych, które w swoim zakresie materialnoprawnym w ogóle pomijają stosunki międzynarodowe, skupiając się na ochronie praw pozbawionej podmiotowości prawa międzynarodowego jednostki przed ewentualnymi naruszeniami przypisywalnymi państwom-stronom. W przypadku sporu rząd nie reprezentuje „społeczeństwa” swojego państwa, lecz samo państwo czy też raczej jego aparat – stojąc w opozycji do jednostki dochodzącej ochrony uprawnień zagwarantowanych przez państwo wiążące się umową międzynarodową. Można nawet zaryzykować przewrotne twierdzenie, że to skarżąca jednostka reprezentuje społeczeństwo państwa, w którego interesie jest (a przynajmniej tak skarżącemu się zdaje), aby „poskromić” państwo i zarówno prawnie, jak i politycznie przymusić je do realizacji zagwarantowanych jednostce uprawnień. Realne funkcjonowanie demokracji wymaga bowiem poszanowania praw podstawowych, w szczególności zapewnienia ich rzeczywistej sądowej ochrony. Rozwój świadomego społeczeństwa obywatelskiego wymaga od wymiaru sprawiedliwości przyjęcia szczególnie aktywnej roli, uwzględniającej dodatkowe gwarancje przyznane jednostkom w drodze instrumentów prawa międzynarodowego i wykładni tego prawa dokonanej przez sądy międzynarodowe. W takiej sytuacji sądy międzynarodowe sta-

²² Zob. E. Benvenisti, *Reclaiming Democracy: the Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, Tel Aviv University Law Faculty Papers 2008, vol. 59, s. 2 i piśmiennictwo tam powołane.

²³ *Ibidem*, s. 7.

nowią pośrednio gwarancję ładu prawnego w państwie-stronie, a sądy krajowe, rozpoznające sprawy materialnie i faktycznie zbliżone do sprawy rozstrzygniętej przez sąd międzynarodowy czerpać powinny szeroko z wykładni dokonanej przez sąd międzynarodowy. Co więcej, globalny rozwój gospodarczy prowadzi w dużej mierze do zastąpienia krajowych mechanizmów regulacji i kontroli mechanizmami międzynarodowymi i ponadnarodowymi. Co za tym idzie, następuje zmiana pozycji sądów krajowych, które z organu stosującego normy prawa krajowego stają się coraz częściej organem przystosowującym normy zewnętrzne i wykładnię tychże norm dokonaną przez zewnętrzne organy stosowania prawa (zewnętrzne przynajmniej w stosunku do sądów *meriti*)²⁴. Dodatkowo, na co zwraca się uwagę w szczególności w państwach przemian demokratyzujących²⁵, reformy demokratyczne mają także efekt rozbudzenia świadomości i oczekiwań prawnych jednostki, które to oczekiwania kierowane są przede wszystkim pod adresem instytucji ochrony prawnej. Oczekiwanie ze strony jednostek, że sądy krajowe będą swego rodzaju „wykonawcami” porządku prawa międzynarodowego, a w szczególności gwarantami standardów ukształtowanych orzeczeniami sądów międzynarodowych, może prowadzić w przypadku zawinionej bądź nawet niezawinionej niewydolności krajowego systemu sprawiedliwości do wzrostu społecznego niezadowolenia i rozczarowania, a w dalszej konsekwencji – do odwrotu społeczeństwa od idei rządów prawa opartych co najmniej w części na porządku prawa międzynarodowego i zwrócenia się ku ideologiom gwarantującym większe bezpieczeństwo osobiste środkami prawa krajowego, przy jednoczesnym pominięciu dorobku prawa międzynarodowego i instytucji sądowych to prawo międzynarodowe w praktyce stosujących.

Trzeci powód sprowadzał się do przyjęcia aksjomatu, że „rząd powinien prowadzić dyplomację bez interwencji ze strony sądownictwa”²⁶. Argument ten nie może się ostać z uwagi na przemiany rzeczywistości międzynarodowej, które nastąpiły przy demokratyzacji państw i społeczeństw europejskich i nadal postępują. Przyjmując za J. Goldstein, że „świat jest świadkiem zwrócenia się ku prawu”²⁷, a proces poddania stosunków międzynarodowych postępującej regulacji prawnej prowadzić będzie do większej świadomości porządku prawa międzynarodowego i wyrażających go orzeczeń sądów międzynarodowych w sądach krajowych dochodzi się do wniosku, że aczkolwiek sama „dyplomacja” (rozumiana jako stosunki dyplomatyczne, zarówno podlegające regulacji prawnej jak i – co często jest daleko ważniej-

²⁴ Zob. H. Fix-Fierro, S. Lopez-Aylo, *The impact of globalization on the reform of the state and the law in Latin America*, Houston Journal of International Law 1997, wydanie wiosenne.

²⁵ Warto w tym zakresie zwrócić uwagę na regulacje konstytucyjne państw Ameryki Południowej. I tak, konstytucja Argentyny przewiduje, że wyliczone enumeratywnie ratyfikowane umowy międzynarodowe dotyczące praw człowieka „mają rangę konstytucyjną ... i mają być rozumiane jako uzupełniające prawa i gwarancje uznane [w części pierwszej Konstytucji]” (*Constitución de la Nación Argentina*, art. 75, ust. 22). Konstytucja Chile uznaje ratyfikowane umowy międzynarodowe dotyczące praw człowieka za wyraźne ograniczenie dla „wykonywania suwerenności” państwa (*Constitution Política de la Republica de Chile*, art. 5), zaś najdalej idące w tym względzie konstytucje Kolumbii i Peru ustanawiają je standardami wykładni praw i wolności gwarantowanych w prawie krajowym (*Constitution Política de Colombia*, art. 93; *Constitution de la Republica de Peru*, art. 4 przepisów wprowadzających).

²⁶ Zob. przykładowo wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 15 czerwca 1992 r. w sprawie nr 504 U.S. 655 (1992), *Stany Zjednoczone przeciwko Humberto Alvarez-Machain*, pkt 16, gdzie stwierdzono, że „podejście dyplomatyczne do rozwiązywania problemów pomiędzy dwoma suwerennymi narodami ma przewagę w stosunku do jednostronnego działania sądów jednego z tych narodów”.

²⁷ Zob. J. Goldstein, M. Kahler, R. O. Keohane, A.-M. Slaughter, *Introduction: Legalization and World Politics*, International Organisation 2000, nr 54, s. 385.

szcze – stosunki pozakulisowe) pozostaje co do zasady w wyłącznej gestii rządów, to już wymierne efekty procesów dyplomatycznych, jakimi są umowy międzynarodowe, przypadną do wykonania zarówno sądom międzynarodowym, jak i sądom krajowym. Nie można także zakwestionować faktu, że w przypadku bardzo daleko idącej legalizacji prawa międzynarodowego, prowadzącej do powstania systemu prawa ponadnarodowego Unii Europejskiej, działanie sądów krajowych jest niezbędne dla faktycznej realizacji stosunków prawnych znajdujących źródło w tym systemie. Niektórzy wskazują przy tym, że sądy krajowe, rozstrzygające przecież w nieporównywalnie większej ilości przypadków i na o wiele bogatszym materiale faktycznym niż sądy międzynarodowe, są przez to w stanie zapewnić o wiele dokładniejszy nadzór nad poczynaniami władz państw²⁸.

Z drugiej strony, można podnieść argument przeciwny – być może właśnie powołanie się na prawo międzynarodowe i na rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych, przy założeniu ich przymiotu formalnej niezawisłości funkcjonalnej od państw biorących udział w stosunkach prawa międzynarodowego, stanowić może efektywny instrument wzmocnienia procesów demokratycznych w państwie danego sądu krajowego. Przy takim założeniu, rozstrzygnięcia sądów międzynarodowych mogą być potraktowane jako swoista ochrona krajowej przestrzeni prawnej przed zmieniającymi się realiami politycznymi i gospodarczymi, stabilny fundament stanowiący wyjście dla dalszych rozważań sądów krajowych. Efektywne działanie sądowej instytucji międzynarodowej, co szczególnie dobrze widać na przykładzie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, będzie instrumentem prowadzącym do rozwoju praw jednostki i zwiększenia tempa przemian demokratycznych w państwach związanych umową międzynarodową, której elementem jest rzeczona instytucja²⁹. Rzeczony rozwój praw jednostki będzie wynikał przy tym przede wszystkim nie tyle z rozstrzygnięć jednostkowych instytucji sądowej, które będą swoistymi „kamieniami milowymi”, ale jednocześnie będą bardzo ograniczone liczebnie w stosunku do rzeczywistej liczby potencjalnych naruszeń uprawnień gwarantowanych umową – ale właśnie z rozstrzygnięć jednostkowych sądów krajowych, które powinny poruszać się po „mapie drogowej” wytyczonej wyżej wskazanymi orzeczeniami.

5. Działalność sądów krajowych jako ograniczenie monopolu orzeczniczego sądów międzynarodowych

Powstanie sądu międzynarodowego powoduje zawsze powstanie konkurencji dla sądów krajowych, gdyż pojawia się nowy podmiot roszcący sobie prawo do wiążącej interpretacji prawa. Co prawda, sądy międzynarodowe nie mają kompetencji do stosowania prawa krajowego i nie stanowią „instancji odwoławczej” od orzeczeń sądów krajowych – z zasady jednak przypisują sobie uprawnienie do wiążącej interpretacji prawa międzynarodowego o ponadnarodowym zasięgu. Rozwiązanie tego problemu leży w odpowiednio ukształtowanym dialogu sądowym. Jego podstawowym uzasadnieniem jest poszukiwanie sposobu zapewnienia efektywności rozstrzygnięciom sądów międzynarodowych, które niemal zawsze wymagają wykonania ich środkami prawa krajowego, do czego niezbędna jest współpraca bądź chociażby przychylność sądów krajowych. Sąd międzynarodowy wydając rozstrzygnięcie i pragnąc jego

²⁸ Zob. E. Benvenuti (przypis 22), s. 10.

²⁹ Zob. R. O. Keohane, S. Macedo, A. Moravcsik, *Democracy-Enhancing Multilateralism*, Institute for International Law and Justice Working Paper 2007, nr 4.

wykonania najczęściej jest zmuszony przewidzieć reakcję sądów krajowych, do czego najlepszą drogą jest zbadanie ich orzecznictwa i poszukiwanie poglądu na daną kwestię. Nie można także zapomnieć o tym, że pojęcie *usus* w zwyczajowym prawie międzynarodowym obejmuje sposób wykładni prawa międzynarodowego przez sądy krajowe – orzeczenia sądów krajowych stanowią źródło ustaleń co do praktyki prawa międzynarodowego³⁰. Podobnie, praktyka prawa międzynarodowego będzie obejmować postępowanie rządów państw kierujących się rozstrzygnięciami sądowymi podjętymi w danym państwie. Dodatkowo, sąd krajowy stosujący prawo międzynarodowe z dostrzeżeniem dorobku sądu bądź sądów międzynarodowych (w gruncie rzeczy niezależnie od tego, czy zastosuje się do funkcjonującej linii orzeczniczej czy też nie) staje się przez to uczestnikiem procesu tworzenia prawa międzynarodowego. W konsekwencji, wykładnia i praktyka prawa międzynarodowego dokonywana przez bądź mająca źródło w orzeczeniach sądów krajowych będzie zarówno krystalizować *usus* dla potrzeb sądów międzynarodowych, jak i zarazem ograniczać swobodę sądu międzynarodowego w określaniu treści danego *usus*.

Zarazem, sądy międzynarodowe nie są bezsilne wobec oporu sądów krajowych, o ile opór ten nie ma charakteru powszechnego. Łatwo jest bowiem pominąć decyzje sądowe zapadające w jednym czy dwóch państwach jako mające charakter jednostkowy i niestanowiące przyjętej ogólnie praktyki państwa. Co innego jednak, gdy sądy krajowe różnych państw przyjmą wspólne stanowisko w przedmiocie wykładni danej normy prawa międzynarodowego, do czego nakłania przede wszystkim brytyjska Izba Lordów³¹. Podstawowym sposobem uzyskania takiego stanowiska jest wzajemne dostrzeganie stanowisk i poddanie ich ocenie przy wydawaniu własnych orzeczeń. Za szczególnie cenne przyjąć należy przedstawienie zbieżnych bądź różnych poglądów sądów krajowych w zestawieniu ich z poglądami sądów międzynarodowych. W ten sposób, popierając i uznając za słuszne stanowiska zbieżne z własnym oraz krytykując³² (a niekiedy wręcz potępiając³³) stanowiska odmienne, sądy krajowe

³⁰ Tę okoliczność widać dobrze na przykładzie wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (*dalej* MTS) z 14 lutego 2002 r. w sprawie *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Reports 2002. I tak, Belgia powoływała się na wyrok brytyjskiej Izby Lordów z 24 marca 1999 r. w sprawie nr [1998] UKHL 41, *Regina v. Bow St. Metro, Stipendiary Magistrate & Others, ex parte Pinochet Ugarte 3*, oraz wyrok francuskiego Cour de Cassation z 13 marca 2001 r. w sprawie nr 1414, *Muammar Kaddafi* na poparcie swojego poglądu odnośnie immunitetu państwa (pkt 56). Co ciekawe, Kongo powoływało się dokładnie na te same wyroki, lecz wywodziło z nich dowody na zupełnie przeciwny pogląd (pkt 57). MTS po „dokładnym zbadaniu praktyki sądów krajowych, w tym decyzji krajowych sądów wysokich instancji, takich jak Izba Lordów czy francuski Cour de Cassation” przyznał jednak rację Kongo (pkt 58).

³¹ Zob. wyrok Izby Lordów z 14 czerwca 2006 r. w sprawie nr [2006] UKHL 26, *Jones przeciwko Ministerstwu Spraw Wewnętrznych Arabii Saudyjskiej*, w którym Izba Lordów orzekła, że „nie jest rolą sądu krajowego 'rozwoj' prawa międzynarodowego poprzez jednostronne przyjęcie wykładni tegoż prawa która, niezależnie od tego jak bardzo mogłaby być pożądana, wybiegająca w przyszłość bądź stanowiąca odzwierciedlenie wartości, po prostu nie jest przyjmowana przez inne państwa” (pkt 63).

³² Wyżej wskazany wyrok Izby Lordów w sprawie *Jones* (pkt 63) zawierał bardzo wyraźną krytykę stanowiska włoskiego Corta Suprema di Cassazione zajętego w wyroku z 21 marca 2004 r. w sprawie nr 5044/04, *Ferrini przeciwko Niemcom* Jako ciekawostkę można wskazać, że orzeczenie w sprawie *Ferrini* doprowadziło do skierowania 22 grudnia 2008 r. przez Niemcy skargi do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w której Włochy zostały oskarżone o to, że „włoskie organy sądowe wielokrotnie pomijały immunitet jurysdykcyjny Niemiec przysługujący im jako suwerennemu państwu”.

³³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Niemiec z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr III ZR 245/98, pkt 2a, w której powodowie starali się o nadanie wyrokowi Areopagu (Sądu Najwyższego Grecji) z 4 maja

próbują utworzyć bądź zmienić standardy³⁴ wykładni danej normy prawnej, z którymi następnie inne sądy krajowe oraz sądy międzynarodowe będą zmuszone się liczyć przy podejmowaniu decyzji.

Reasumując, dialog sądowy pomiędzy sądami krajowymi i międzynarodowymi stanowi swoisty system równowagi, *checks and balances*, zapobiegający z jednej strony orzekaniu przez sądy międzynarodowe w oderwaniu od praktyki orzeczniczej i systemu wartości przyjętego powszechnie w państwach, z drugiej zaś strony znacznie utrudniający swoistą „anarchizację” systemu prawa międzynarodowego poprzez przyznanie nadmiernej wagi odosobnionej praktyce stosowania prawa międzynarodowego.

6. Konieczność zapewnienia jednolitej interpretacji aktu jako uzasadnienie dla dialogu sądowego

Niekiedy jednak sądy krajowe przyjmują, że prawidłowe stosowanie prawa międzynarodowego wymaga uwzględnienia praktyki i poglądów innych sądów krajowych, najlepiej w ujęciu kompleksowym, co wynikać będzie już z samej treści normatywnej aktu prawa międzynarodowego³⁵, ewentualnie także z celu zawarcia umowy międzynarodowej i historii jego negocjacji³⁶. Dodatkowym elementem skłaniającym sąd krajowy do co najmniej zauważenia po-

2000 r. w sprawie nr 11/2000, *Prefektura Voiotia przeciwko Niemcom*, klauzuli wykonalności na terenie Niemiec.

³⁴ Jako przykład orzeczenia kształtującego nowe standardy można wskazać orzeczenie Sądu Najwyższego Filipin z 30 lipca 1993 r. w sprawie nr GR 101083, *Juan Antonio Oposa, Anna Rosario Oposa, Jose Alfonso Oposa i 42 innych przeciwko Ministrowi Środowiska i Bogactw Naturalnych i Prezesowi Sądu Okręgowego w Makati*, w której Sąd dopuścił pozew zbiorowy w imieniu „przyszłych pokoleń”, opierając się na „pojęciu odpowiedzialności międzypokoleniowej w zakresie prawa do zrównoważonego i zdrowego środowiska” (s. 7). Co ciekawe, nowy standard ochrony środowiska został zaakceptowany wyłącznie przez państwa azjatyckie (np. tym tokiem rozumowania poszedł Sąd Najwyższy Indii w wyroku z 27 stycznia 1999 r. w sprawie nr 1999 (2) SCC 718, *Andhra Pradesh Pollution Control Board przeciwko Prof. M. Nayudu*, szerszą analizę tego wyroku przeprowadził Geetanjoy Sahu, *Implications of Indian Supreme Court's Innovations for Environmental Jurisprudence*, Law, Environment and Development Journal LEAD 2008, nr 4/1).

³⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 17 maja 2010 r. w sprawie nr 08-645, *Timothy Mark Cameron Abbott przeciwko Jacquelyn Vaye Abbott*, pkt C. Sąd wskazał m.in., że podczas interpretacji każdej umowy międzynarodowej „należy przydać znaczącą wagę opiniom innych stron” (pkt C). Sąd uwzględnił orzekając poglądy Izby Lordów, High Court of Justice, Sądu Najwyższego Izraela, Sądu Najwyższego Austrii, Sądu Najwyższego Niemiec, Trybunału Konstytucyjnego Niemiec, Sądu Konstytucyjnego RPA oraz sądów apelacyjnych w Australii i w Szkocji, szeroko przytaczając wyrażane tezy. Sąd dostrzegł też przeciwnie do powszechnie przyjętych poglądy Sądu Najwyższego Kanady oraz sądów francuskich (pkt C).

³⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 stycznia 1999 r. w sprawie nr 97-475, *El Al Israel Airlines Ltd. przeciwko Tsui Yuan Tseng*. Zmieniając orzeczenie sądu niższej instancji Sąd podkreślił, że „Tekst, okoliczności sporządzenia jego projektu oraz cel zawarcia Konwencji, brane pod uwagę łącznie, prowadzą nas do przyjęcia takiej interpretacji (...) traktatu, jaką podzielają nasi partnerzy traktatowi” (pkt C). W uzasadnieniu Sąd powołał się m.in. na analizę uczynioną przez brytyjską Izbę Lordów w wyroku z 12 grudnia 1996 r. w sprawie nr [1996] UKHL 5, *Sidhu przeciwko British Airways plc* wskazując, że pogląd tego sądu na interpretację Czwartego Protokołu Montrealskiego do Konwencji Warszawskiej zasługuje na uwzględnienie w stopniu zdecydowanie wyższym, niż pogląd wyrażony w zaskarżonym orzeczeniu Sądu Apelacyjnego (pkt B) m.in. dlatego, że dzielą ją „sądy innych narodów związanych Konwencją”. Jako ciekawostkę należy wskazać, że Sąd Apelacyjny Drugiego Okręgu przyjął, opierając się m.in. na stanowisku delegacji Czechosłowacji wyrażonym podczas prac przygotowawczych, że przewoźnik lotniczy odpowiada za szkodę emocjonalną spowodowaną

glądów prawnych innych sądów krajowych jest „poczucie odpowiedzialności za nadanie poszczególnym pojęciom umowy międzynarodowej znaczenia zgodnego z oczekiwaniami wspólnymi umawiającym się stronami”³⁷, gdyż ratyfikowana umowa międzynarodowa „nie tylko stanowi prawo krajowe, ale także umowę pomiędzy suwerennymi państwami”³⁸. Oczekiwań tych zarazem poszukiwać należy nie tylko w pracach przygotowawczych i stanowiskach delegacji dyplomatycznych, lecz również – a może nawet przede wszystkim – w orzeczeniach innych sądów krajowych³⁹. Wskazuje to – może wbrew pierwszemu wrażeniu – że przynajmniej sądy niektórych państw, w tym Stanów Zjednoczonych, mają świadomość funkcjonowania w międzynarodowej rzeczywistości prawnej, w której poglądy prawne sądów innych państw mają istotne znaczenie jako wskazówka interpretacyjna dla normy prawnej. Zdecydowanie nie jest zatem tak, że zasada suwerenności prowadzi do wytworzenia się swoistej próżni prawnej, w której działalność orzecznicza sądów opierałaby się tylko i wyłącznie na własnym orzecznictwie i własnym rozumieniu pojęć użytych w akcie prawa międzynarodowego, który wymaga pogłębionej wykładni dla prawidłowego zastosowania. Jednocześnie zauważa się, że praktyka sądów krajowych różnych państw w tym zakresie bardzo się różni. Przykładowo, Sąd Konstytucyjny RPA często odwołuje się w swym orzecznictwie do poglądów sądów krajowych innych państw, podobnie zresztą jak inne sądy najwyższe państw prawa precedensowego (przykładowo indyjskie bądź kanadyjskie). Odmiennie postępują natomiast sądy europejskie, które koncentrują się na własnej myśli prawniczej i odnoszą się głównie do własnych poglądów wyrażonych we wcześniejszych orzeczeniach i poglądów innych sądów danej jurysdykcji. A. Nollkaemper upatruje takiego „bardzo wybiórczego udziału w międzynarodowym dialogu sądowym” w tradycji rodziny prawa kontynentalnego⁴⁰, które wykazywało się od zawsze oporem na wpływy systemów prawnych z innych państw.

Oparcie się we własnych rozważaniach na poglądach wyrażonych przez sądownictwo międzynarodowe wynika natomiast z innych przesłanek. W przypadku, w którym orzeczenie sądu krajowego stanowi jedynie formę bądź wyraz wykonania orzeczenia sądu międzynarodowego wiążącego państwo sądu krajowego jako stronę sporu zawisłego przed sądem mię-

bezpodstawnym przeszukaniem pani Tseng pomimo braku takiej podstawy odpowiedzialności w Konwencji. W ocenie Sądu Najwyższego jednak zagrażałoby to jednolitej regulacji odpowiedzialności międzynarodowych przewoźników lotniczych.

³⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 marca 1985 r. w sprawie nr 470 U.S. 392 (1985), *Air France przeciwko Valerie Hermien Saks*. Jako ciekawostkę należy wskazać, że Sąd uchylając orzeczenie Sądu Apelacyjnego Dziewiątego Okręgu oparł się przede wszystkim na francuskiej myśli prawniczej jako wskazówce co do oczekiwań stron, gdyż projekt Konwencji warszawskiej był sporządzony w języku francuskim przez prawników kontynentalnych (pkt A). Wskazówek tych Sąd poszukiwał w wyroku Pierwszej Izby Cywilnej Sądu Apelacyjnego w Paryżu z 19 czerwca 1979 r. w sprawie *Air France przeciwko Haddad* (1979, *Revue française de droit aérien* 327,328), oddalającym apelację wyroku Cour de Cassation z 16 lutego 1982 r. (1982 Bull. Civ. I 63), publikacjach prawników francuskich z zakresu prawa lotniczego.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 16 stycznia 1996 r. w sprawie nr 516 U.S. 217 (1996), *Marjorie Zicherman et al. przeciwko Korean Air Lines Co., Ltd.*, s. 226.

³⁹ Zob. wyrok wskazany powyżej. Sąd powołał się na stanowiska sądów Czechosłowacji, Francji, Danii, Wielkiej Brytanii, Republiki Federalnej Niemiec, Holandii, Szwecji i Związku Radzieckiego odnośnie rozumienia pojęcia szkody. Jako ciekawostka – odmiennie niż to przyjęto w w/w sprawie *Valerie Saks*, w ocenie Sądu użycie języka francuskiego nie może jednak przesądzać o nadaniu terminom Konwencji warszawskiej interpretacji przyjętej w prawie francuskim (s. 223).

⁴⁰ Zob. A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Nowy Jork 2011, s. 235 i n.

dzynarodowym, sytuacja zdaje się stosunkowo prosta. Oczywiście, o czym jeszcze będzie mowa w dalszej części niniejszego opracowania, zdarzają się takie sytuacje, w których sąd krajowy odmówi wykonania orzeczenia sądu międzynarodowego. Zasadą jest jednak, że do takiego „konfliktu decyzyjnego” nie dochodzi. Bardziej interesujące z punktu widzenia prawnika międzynarodowego jest natomiast zbadanie okoliczności, w których sąd krajowy korzysta z dorobku orzeczniczego sądu międzynarodowego w celu zdobycia wskazówek co do interpretacji spornej normy prawa międzynarodowego.

Jako szczególny przypadek wyróżnia się sytuacja, w której norma krajowa danego państwa wskazuje (w sposób bezpośredni bądź pośredni) na konieczność poszukiwania interpretacji normy prawnej poza własnym systemem prawnym. A. Nollkaemper zwraca tutaj uwagę na przykład Hiszpanii, której Konstytucja przewiduje wprost obowiązek wykładni norm konstytucyjnych ustanawiających prawa podstawowe w świetle odnośnych norm prawa międzynarodowego⁴¹. Aczkolwiek norma konstytucyjna nie zawiera literalnego odniesienia się do orzecznictwa międzynarodowego (powołując się jedynie na akty prawa międzynarodowego), uznane jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii, że sposobu wykładni norm prawa międzynarodowego, stanowiącego z kolei wzorzec wykładni hiszpańskich norm konstytucyjnych, należy poszukiwać właśnie w orzecznictwie sądów międzynarodowych⁴². Także sądy najwyższe państw, w których konstytucjach krajowych brak jest odniesienia wprost do prawa międzynarodowego jako wzorca wykładni norm konstytucyjnych, powoływały się na wykładnię dokonywaną przez sąd międzynarodowy dla wskazania właściwego sposobu interpretacji uprawnienia zastrzeżonego w normie krajowej.

Takie postępowanie miało miejsce w przypadku sądów portugalskich⁴³, niemieckich, cy-

⁴¹ Art. 10 ust. 2 Konstytucji Królestwa Hiszpanii z 1978 r.: „Postanowienia odnoszące się do praw fundamentalnych i wolności uznanych przez Konstytucję będą interpretowane w zgodzie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, traktatami międzynarodowymi i umowami ratyfikowanymi przez Hiszpanię.”

⁴² Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z 22 października 2007 r. w sprawie nr 3449/2004, *Turson Dorprey*, apelacja od postanowienia Sądu Karnego nr 7 w Walencji z 07 października 2003 r. (pkt II.3). Trybunał Konstytucyjny wprost powołał się na postanowienia Konwencji w takim znaczeniu, jakie nadały im powołane licznie orzeczenia ETPC. Zob. także orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z 25 lutego 2008 r. w sprawie nr STC 034/2008, *Juan Manuel Falcon Ros*, apelacja od postanowienia Czwartej Sekcji Sądu Prowincji Murcia z 16 marca 2005 r., w którym Trybunał ten interpretował zakaz tortur ustanowiony w art. 15 Konstytucji posługując się wyjątkami z wykładni EKPC dokonanej przez ETPC w swoich orzeczeniach (pkt. II.5, II.7.a, II.7.b) i wskazując z szerokim powołaniem się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, że „Rolą orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest wiążące określenie treści uprawnień zawartych w Konwencji, które co do zasady musi być zaakceptowane przez strony tej Konwencji jako standard minimalny praw fundamentalnych”, a rozważania ETPC odnośnie art. 3 Konwencji „znajdują pełne zastosowanie do wykładni art. 15 Konstytucji przez niniejszy Sąd, co wprost wynika z art. 10.2 Konstytucji, zgodnie z którym postanowienia odnoszące się do praw fundamentalnych i wolności uznanych przez Konstytucję będą interpretowane w zgodzie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, traktatami międzynarodowymi i umowami ratyfikowanymi przez Hiszpanię, do których zalicza się także Europejska Konwencja Praw Człowieka” (pkt II.6).

⁴³ Zob. wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego Portugalii z 28 listopada 2007 r. w sprawie nr 0308/07, *A i B przeciwko Państwu Portugalskiemu*, pkt 2.2.3.2. Stanowisko Trybunału zajęte w tej sprawie różni się trochę od najczęściej przyjmowanego – gdyż Trybunał podkreślał, że w jego ocenie wykładnia przepisów Konwencji dokonana niezgodnie z wykładnią ETPC stanowi sama w sobie podstawę odpowiedzialności państwa-strony na płaszczyźnie prawa międzynarodowego, czego Portugalia powinna starać się uniknąć. Trybunał zważył w tym względzie, co następuje: „Skoro jednak

pryjskich⁴⁴, rosyjskich⁴⁵ czy też irlandzkich⁴⁶, które odwoływały się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również w przypadku sądów peruwiańskich i argentyń-

Konwencja, w celu wymuszenia wykonania jej postanowień (art. 19) ustanowiła sąd (Europejski Trybunał Praw Człowieka), którego wyroki wiążą państwa-strony (art. 46 ust. 1), to musi zostać przyjęte, że właśnie ten sąd ma kompetencję do wykładni i określania znaczenia norm Konwencji. Tak więc, w niniejszej sprawie, pod rygorem przyszłej odpowiedzialności międzynarodowej Państwa Portugalskiego, spowodowanej różnicami w zastosowaniu prawa uznanym za właściwe przez porządek krajowy a późniejszą wykładnią dokonaną przez Trybunał w Strasburgu, poglądy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odegrają z pewnością istotną rolę podczas analizy dostępnego orzecznictwa odnoszącego się do pojęć użytych w Konwencji, w tym rozsądnego czasu na wydanie rozstrzygnięcia i stosownego zadośćuczynienia za doznane szkody moralne (...) Uznając wagę orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, musimy zatem, rozpoznając niniejszą sprawę, wziąć pod uwagę stanowisko zajęte przez ten europejski organ w zakresie szkód niemajątkowych spowodowanych brakiem wydania rozstrzygnięcia w rozsądnym czasie (...) Dlatego też, dla uniknięcia naruszenia art. 6 § 1 Konwencji i konieczności późniejszego zadośćuczynienia Państwa Portugalskiego za to naruszenie, norma art. 496 § 1 kodeksu cywilnego musi być wykładana i stosowana w taki sposób, aby doprowadzić do rezultatów zgodnych z zasadami Konwencji, w takim kształcie, w jakim zostały one wyłożone w orzecznictwie ETPC”.

⁴⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Cypru – Sądu Cywilnego Drugiej Instancji z 21 stycznia 2005 r. w sprawie nr 12/2005, *David Scattergood przeciwko Prokurator Generalny Republiki* (2005 CLR 142). Składający apelację od orzeczenia Sądu Okręgowego w Paphos (nakazującego wydanie go Wielkiej Brytanii w następstwie realizacji europejskiego nakazu aresztowania) wywodził, że w przypadku wydania go do Wielkiej Brytanii jego życie będzie zagrożone, gdyż miał stawać jako świadek koronny przeciwko współoskarżonemu. Art. 2 ust. 2 cypryjskiej ustawy nr 133 (I) z 2004 r. o europejskim nakazie aresztowania i procedurze wydania w UE stanowił, że stosowanie przepisów ustawy nie może skutkować naruszeniem zobowiązania do poszanowania praw podstawowych w rozumieniu art. 6 TUE. Sąd przyjął wprawdzie, że wykładnia praw podstawowych musi być dokonana ściśle w świetle orzecznictwa ETPC (w związku z bezwzględным charakterem zobowiązania zawartego w art. 3 Konwencji), w tym utrwalonego w orzecznictwie ETPC obowiązku ochrony prawa do życia osoby podlegającej jurysdykcji państwa-strony Konwencji nie tylko przed zagrożeniami ze strony tego państwa, ale także ze strony innych jednostek. Po zbadaniu faktów, Sąd Najwyższy uznał jednak, że życie skarżącego nie będzie bardziej zagrożone w Wielkiej Brytanii niż na Cyprze, oddalił zatem apelację. Co ciekawe, w kolejnym wyroku z 7 listopada 2005 r. w sprawie nr 294/2005, *Prokurator Generalny Republiki przeciwko Costa Konstantinou*, rozpatrując apelację Prokuratora Generalnego od orzeczenia Sądu Okręgowego w Limassol odmawiającego wydania obywatela cypryjskiego do Wielkiej Brytanii, Sąd Najwyższy – Sąd Cywilny Drugiej Instancji w pełnym składzie oddalił apelację i wskazał, że art. 11 cypryjskiej Konstytucji pozwala na pozbawienie wolności tylko w niektórych przypadkach, zaś ekstradycja bądź deportacja może uzasadniać zatrzymanie tylko wobec cudzoziemca. Uzasadnił natomiast swoje rozstrzygnięcie wprost przytaczając poglądy sądów konstytucyjnych badających zgodność przepisów o europejskim nakazie aresztowania z konstytucjami krajowymi – w tym względnie powołano orzeczenia polskiego i niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, greckiego Areopagu i francuskiej Rady Stanu. Zob. szerzej na ten temat A. Christou Theodora (red.) *European Cross Border Justice: A Case Study of the EAW*, St. Paul's Press 2010.

⁴⁵ Zob. wyrok Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z 27 czerwca 2012 r. w sprawie nr 15-P, *Badanie konstytucyjności ustępów 1 i 2 art. 29, ust. 2 art. 31 oraz art. 32 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej w związku z apelacją Iriny Borisovny Delovej*, pkt 4.2. Sprawa dotyczyła zgodności przepisów prowadzących do prawomocnego ubezwłasnowolnienia skarżącej i ustanowienia dlań opiekuna w osobie Dyrektora Domu Opieki Psychoneurologicznej nr 3 w Sankt-Petersburgu. Skarga zarzucała nieproporcjonalność całkowitego pozbawienia zdolności do czynności prawnych (prawo rosyjskie nie znało instytucji ubezwłasnowolnienia częściowego) w stosunku do rzeczywistego stopnia pozbawienia możliwości rozpoznania własnych czynów i pokierowania swoim postępowaniem – skarżąca uznawała za szczególnie dotkliwe pozbawienie jej możliwości samodzielnego dysponowania przyznaną jej rentą. Sąd Konstytucyjny stwierdzając niekonstytucyjność zaskarżonych przepisów wskazał m.in., że „Europejski Trybunał Praw Człowieka zwrócił uwagę Federacji Rosyjskiej na fakt, że w odniesieniu do sytuacji osób cierpiących na zaburzenia psychiczne prawo rosyjskie wyróżnia jedynie pełną zdolność do

skich, które odwoływały się do orzecznictwa Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Nie sposób przy tym wskazać, jakie jest najlepsze i najbardziej słuszne podejście do poglądów sądów międzynarodowych. Z jednej strony, autorytet tych sądów jako ostatecznego źródła wykładni konkretnych aktów prawa międzynarodowego wymaga przyjęcia wyrażonych przezeń poglądów w całości – przynajmniej zaś w takim zakresie, w jakim *ratio decidendi* może być uznane za niewątpliwe. Z drugiej zaś strony, bezkrytyczne opieranie się przez sądy najwyższe danego państwa na orzecznictwie sądu międzynarodowego, bez dokonania drobiazgowej analizy orzeczeń pod względem faktycznym i prawnym, szczególnie w zakresie rozstrzygnięcia o roszczeniach podmiotów domagających się ochrony konstytucyjnej opartej przecież w istocie na konstytucji krajowej, może budzić istotne wątpliwości pod względem niezawisłości sędziowskiej, a nawet może suwerenności państwowej. W tym względzie na podzielenie zasługuje w szczególności stanowisko niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*dalej* FSK) wyrażone w sprawie *Görgülü*, w którym Sąd Konstytucyjny dokonuje bardzo ekstensywnej i po prostu rozsądnej analizy miejsca orzeczenia ETPC w niemieckim systemie prawnym oraz wskazuje sądom właściwy sposób postępowania z wykładnią dokonaną przez ETPC⁴⁷. Podobnie, na podzielenie zasługuje pogląd wyrażony w orzeczeniu FSK,

czynności prawnych i niezdolność do czynności prawnych bez żadnych rozwiązań pośrednich, jak również – wbrew standardom przyjętym w tym zakresie w całej Europie – nie zapewnia rozróżnienia pomiędzy różnymi sytuacjami, co prowadzić musi do naruszenia art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”. Nadmienić można, że Sąd Konstytucyjny wypowiadał się już w sprawie *Delovej* przy okazji poprzednio złożonej w jej imieniu skargi konstytucyjnej (wyrok Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z 27 lutego 2009 r. w sprawie nr 4-P, *Badanie konstytucyjności niektórych postanowień kodeksu postępowania cywilnego Federacji Rosyjskiej i ustawy federalnej nr 3185 z 02 lipca 1992 r. „O leczeniu psychiatrycznym i gwarancjach praw obywatelskich podczas leczenia psychiatrycznego”*), gdzie również odwołał się wprost do orzeczeń ETPC (pkt. 2.2, 3.4).

⁴⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 22 maja 2007 r. w sprawie nr 2006 1904P, *Mary O'Donnell, Patrick O'Donnell i Bernard O'Donnell przeciwko South Dublin County Council*, s. 16, w którym Sąd ten badał zgodność postępowania władz hrabstwa z art. 3 i art. 8 EKPC. Sprawa dotyczyła trójki rodzeństwa cierpiącego na gargoilizm (ciężką ogólną chorobę, wiążącą się z nieprawidłowym rozwojem kośćca, problemami z drogami oddechowymi, układem sercowym, postrzeganiem, słuchem i niedorozwojem umysłowym), domagającej się oddania im do dyspozycji drugiego pojazdu mieszkalnego, zaopatrzonego w udogodnienia konieczne dla osób niepełnosprawnych (zamieszkiwali bowiem składający się z trzech izb pojazd mieszkalny w dziesiątkę – dwójka rodziców, siedmioro dzieci i wnuczka). Orzekająca w tej sprawie sędzia Laffoy zważyła, że „dla stwierdzenia, która interpretacja [przedstawiana przez powodów czy przez pozwanego] jest prawidłowa, niezbędne jest zbadanie najnowszych rozstrzygnięć sądów krajowych oraz ETPC odnośnie wykładni art. 8 Konwencji”, po czym przeprowadziła drobiazgową analizę rozstrzygnięć Trybunału oraz odnoszących się doń orzeczeń sądów irlandzkich oraz brytyjskich.

⁴⁷ Zob. wyrok FSK Niemiec z 14 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 2 BvR 1481/04, *Görgülü*. Trybunał Konstytucyjny uchylając postanowienie Wyższego Sądu Landu w Naumburgu zważył, co następuje „Władze i sądy Republiki Federalnej Niemiec są zobowiązane, pod pewnymi warunkami, do uwzględnienia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w wykładni przyjmowanej przez ETPC w procesie podejmowania decyzji [pkt 29.I] (...) Zaskarżona decyzja Wyższego Sądu Landu nie czyni zadość temu zobowiązaniu, gdyż Sąd nie uwzględnił w wystarczającym stopniu wyroku ETPC z 26 lutego 2004 r. w sprawie skarżącego [pkt 29.II] (...) Moc wiążąca wyroku Trybunału rozciąga się na wszystkie organy państwa i zobowiązuje je co do zasady – w ramach ich właściwości i bez naruszenia wiążącej mocy ustaw i prawa – do zakończenia naruszania Konwencji i doprowadzenia do stanu zgodnego z Konwencją [pkt 30.2] (...) Powaga rzeczy osądzonej w procedurze skargi indywidualnej z artykułu 34 Konwencji ma zakres ograniczony *ratione personae, ratione materiae i ratione loci* (...) Rozstrzygnięcia ETPC w postępowaniach dotyczących innych państw dają państwu nieuczestniczącym w konkretnym postępowaniu jedynie okazję do zbadania swojego krajowego porządku prawnego i do zorientowania się

w którym Sąd badał miejsce wyroków MTS w niemieckim systemie prawnym⁴⁸. Aczkolwiek wyroki te – w ocenie Sądu Konstytucyjnego – nie wiążą bezpośrednio, to jednakże wyznaczają właściwy sposób interpretacji aktów prawa międzynarodowego, także dla uniknięcia ewentualnej przyszłej odpowiedzialności Niemiec na płaszczyźnie prawa międzynarodowego. Sąd Konstytucyjny nie żąda od sądów krajowych bezkrytycznego uznania dla wyroków sądów międzynarodowych, ale przeprowadzenia analizy wyważającej sprzeczne interesy stron, w szczególności mając na względzie gwarancje konstytucyjne. Stanowisko niemieckie odbiega zatem od stanowiska amerykańskiego – przyjmuje możliwość wywoływania bezpośrednich skutków prawnych w systemie prawa krajowego przez orzecznictwo sądów międzynarodowych, pozostawiając sobie i sądom powszechnym możliwość zbadania, czy każde indywidualne orzeczenie da się pogodzić z niemieckim systemem konstytucyjnym.

Wreszcie, w rzeczywistości geopolitycznej zapoczątkowanej atakami z 11 września pojawił się kolejny powód dla powołania się przez sądy krajowe na orzecznictwo sądów międzynarodowych i sądów innych państw. Władza sądownicza bowiem – jako tradycyjnie najlepiej opierająca się naciskom politycznym – stała się jedynym bastionem wartości uniwersalnych, dla których zagrożeniem stały się praktyki rządów państw, uzasadniane również wartościami uniwersalnymi, przede wszystkim koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i bezpieczeństwa światowego. Tradycyjną rolę sądu i sędziego, wskazywaną już pośrednio

na stosowne orzecznictwo ETPC, gdyby okazało się, że zmiana jest konieczna [pkt 39] Organy administracyjne i sądy nie mogą wyzwolić się z konstytucyjnego systemu kompetencji oraz podległości ustawom i prawu powołując się na rozstrzygnięcie ETPC (...) Zarówno nierozważenie rozstrzygnięcia ETPC, jak i wykonanie tego rozstrzygnięcia w sposób automatyczny, z pogwałceniem prawa stojącego wyżej w hierarchii, mogą naruszać prawa fundamentalne i zasadę rządów prawa [pkt 47] Jeżeli w konkretnym postępowaniu skargowym, którego stroną jest Republika Federalna Niemiec, ETPC stwierdzi naruszenie Konwencji, rozstrzygnięcie ETPC musi być wzięte pod rozwagę w sferze krajowej, to znaczy, że właściwe organy administracyjne i sądy muszą w sposób wyraźny rozważyć to rozstrzygnięcie i, tam gdzie jest to konieczne, w sposób zrozumiały uzasadnić, dlaczego jednak zdecydowały się nie podzielić wykładni prawa dokonanej w sferze międzynarodowej [pkt 50] To zadaniem sądów krajowych jest integracja rozstrzygnięcia ETPC w odpowiednim obszarze krajowego systemu prawnego, ponieważ bezpośrednio dokonanie niezbędnych zmian w krajowym systemie prawnym przez ETPC nie może być ani zamierzonym rezultatem aktu prawa międzynarodowego, ani też wyrażeniem woli ETPC [pkt 58] (...) Tak długo jak stosowne standardy metodologiczne pozostawiają miejsce na wykładnię i rozważenie sprzecznych interesów, Sądy niemieckie muszą dać pierwszeństwo interpretacji zgodnej z Konwencją. Sytuacja byłaby inna tylko w takim przypadku, w którym zastosowanie się do rozstrzygnięcia ETPC, na przykład z uwagi na istotną zmianę stanu faktycznego, na jakim rozstrzygnięcie to zostało oparte, doprowadziłoby do oczywistego pogwałcenia prawa rangi ustawowej bądź postanowień Konstytucji Niemiec, w tym w szczególności praw fundamentalnych osób trzecich. „Wzięcie pod uwagę” oznacza zauważenie wykładni postanowienia Konwencji w kształcie przyjętym przez ETPC i zastosowanie jej w konkretnym przypadku, o ile tylko zastosowanie to nie doprowadzi do naruszenia prawa korzystającego z pierwszeństwa, w szczególności norm konstytucyjnych. W każdym przypadku jednak, wykładnia postanowienia Konwencji dokonana przez ETPC musi być wzięta pod uwagę w procesie podejmowania decyzji – sąd musi co najmniej odpowiednio ją rozważyć. W przypadku zmiany stanu faktycznego bądź w przypadku innej sytuacji faktycznej, sądy muszą stwierdzić, co stanowiło naruszenie Konwencji w ocenie ETPC i dlaczego odrębności faktyczne nie pozwalają na zastosowanie tej oceny w danym przypadku [pkt 62] (...) W niniejszej sprawie, Wyższy Sąd Landu, ze względu na wyrok ETPC z 26 lutego 2004 r., miał szczególny powód do rozważenia uzasadnienia tego wyroku (...) Obowiązek wzięcia tego rozstrzygnięcia pod uwagę nie naruszał konstytucyjnie gwarantowanej niezawisłości Sądu ani też nie zmuszał Sądu do wykonania decyzji ETPC bez jakiegokolwiek refleksji [pkt 68]”.

⁴⁸ Zob. wyrok FSK Niemiec z 19 września 2006 r. w sprawie nr 2 BvR 2115/01, pkt cc3.

w doktrynie rzymskiej, jest ważenie wzajemnie sprzecznych interesów i szukanie drogi, opartej oczywiście przynajmniej w założeniu na przepisach prawnych, dla rozstrzygnięcia zawisłej przed nimi sprawy. Istotą niezawisłości sędziowskiej musi być bowiem brak obaw zarówno przed samym wydaniem orzeczenia, jak i przed jego treścią. Nie jest rolą sądu – a przynajmniej nie powinno nią być – spełnianie oczekiwań władzy bądź opinii publicznej, nierzadko sprzecznych z obowiązującymi normami prawnymi.

Nie zawsze jednak sądy były w stanie oprzeć się naciskom władzy wykonawczej. Rzeczywistość czasu wojny, nierzadko niemająca nic wspólnego z normami prawnymi, wymuszała na sądownictwie postawę określaną jako „sędziowska cisza” (*judicial silence*) bądź nawet „sędziowska uległość” (*judicial deference*). Polegały one na przyzwoleniu sądowym na wątpliwe prawnie praktyki władzy wykonawczej z uwagi na obiektywny brak możliwości⁴⁹ i subiektywny chyba brak upoważnienia do oceny problemów politycznych, będących podstawą takiego postępowania władzy. Powtórzyło się to w okresie największego natężenia tzw. wojny z terrorem⁵⁰. Oczywiście, przy takim podejściu do norm prawnych i takim rozumieniu roli sędziego krajowego, jakiegokolwiek oparcie się na dialogu sądowym nie mogło mieć miejsca. Skoro bowiem nawet normy prawa krajowego – niezależnie od ich pozycji i stosunku do norm prawa międzynarodowego przyjętych w systemie krajowym – musiały ustąpić przed kryteriami politycznymi, to idee oparcia rozstrzygnięć sądów krajowych na dorobku sądów międzynarodowych i sądów innych porządków prawnych w ogóle nie miały racji bytu. Prezes Sądu Najwyższego Kanady B. McLachlin dużo później sprzeciwiając się wzmiankowanemu podejściu twierdziła, że „wybrani prawodawcy, władza wykonawcza i sądownictwo mają swoje role do odegrania. Każde z nich musi odgrywać tę rolę w duchu najgłębszego szacunku dla innych. Nie jesteśmy przeciwnikami.”⁵¹

Jednakże, zarówno postęp w dziedzinie stosunków międzynarodowych, jak i prawdopodobnie pewne zmęczenie społeczeństw państw demokratycznych powoływaniem się przez władzę wykonawczą na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa narodowego jako uzasadnienie dla wszelkich możliwych ograniczeń wolności osobistej⁵² doprowadziły do zmiany linii orzeczniczej wiodących sądów. I przykładowo, orzeczenie Izby Lordów w sprawie

⁴⁹ Zob. opinia sędziego Jacksona do wyroku 18 grudnia 1944 r. w sprawie nr 323 U.S. 214 (1944), *Korematsu przeciwko Stanom Zjednoczonym*, s. 245, w którym sędzia ten stwierdził, że: „Z natury rzeczy, decyzje wojskowe nie podlegają inteligentnej ocenie sądowej. Nawet nie starają się udawać, że są oparte na dowodach, lecz uzasadniane są zarówno informacjami, które najczęściej nie byłyby dopuszczalne dowodowo, jak i założeniami, które są niemożliwe do udowodnienia (...) W takiej sytuacji sądy nigdy nie będą miały innego wyjścia, jak tylko przyjąć samo oświadczenie władzy wydającej zaskarżony rozkaz za dowód, że takie działanie było niezbędne z wojskowego punktu widzenia”.

⁵⁰ Zob. wyrok Izby Lordów z 11 listopada 2001 r. w sprawie nr [2001] UKHL 47, *Sekretarz Stanu przeciwko Rehman*, pkt 50, zatwierdzające decyzję Sekretarza Stanu o wydaleniu cudzoziemca, uzasadnianą jego związkami z islamskimi organizacjami terrorystycznymi, a wydaną w oparciu o bardzo wątpliwe dowody, w którym Lord Hoffmann stwierdził, że: „Pytanie, czy coś jest ‘w interesie bezpieczeństwa narodowego’ nie jest pytaniem prawnym. Jest to sprawa rozsądku i polityki. Zgodnie z konstytucją Zjednoczonego Królestwa i większości innych państw, rozstrzyganie o tym, czy coś jest czy też nie jest w interesie bezpieczeństwa narodowego, nie należy do sądów. Takie sprawy są powierzone władzy wykonawczej.” (pkt 50), rozwijając myśl Lorda Slynna, który uznał, że: „[Sekretarz Stanu] jest bez wątpienia w najlepszej pozycji do rozstrzygnięcia, czego wymaga bezpieczeństwo narodowe” (pkt 26).

⁵¹ Zob. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton 2006, s. 227.

⁵² Zob. K. Roach, *Must We Trade Rights For Security? The Choice Between Smart, Harsh, Or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, *Cardozo Law Review* 2006, nr 27, s. 2151.

Belmarsh Detainees (Zatrzymani w Zakładzie Karnym w Belmarsh), zostało uznane za „dające odpór przerażeniu publicznemu wzniesionemu przez rządy Stanów Zjednoczonych i Zjednoczonego Królestwa po wydarzeniach z 11 września 2001 r. i ich determinacji, aby nagiąć uznane prawo międzynarodowe do swojej woli i zburzyć jego podstawowe struktury”⁵³. Tak ostra krytyka sądowa, praktycznie zmieniająca podejście sędziów do opartego na zakłęciu bezpieczeństwa narodowego podejściu władz wykonawczych, zmieniła istotnie rzeczywistość polityczną i doprowadziła do chociaż częściowego przywrócenia prawa międzynarodowemu w kształcie stosowanym i wykładanym przez sądy międzynarodowe należnego mu miejsca. W takich przypadkach sądy krajowe często odwoływały się do porządku prawa międzynarodowego i porządków prawa wewnętrznego innych państw demokratycznych. Szczególne znaczenie z punktu widzenia dialogu sędziowskiego będą miały przy tym takie orzeczenia, w których sąd jednej jurysdykcji nie tylko powołuje się na orzecznictwo innych jurysdykcji, ale wręcz wskazuje rozwiązania prawne przyjęte w tych jurysdykcjach jako wzór dla własnego systemu prawnego⁵⁴. Należy przy tym wskazać, że proces dialogu sędziowskiego w sprawach dotyczących bezpieczeństwa narodowego jako uzasadnienia dla ograniczania swobód i wolności obywatelskich rozwijał się dość dynamicznie, a uczestniczyły w nim nie tylko sądy brytyjskie i amerykańskie, ale także francuskie, niemieckie, hinduskie, izraelskie i nowozelandzkie. Co ważne, dialog sędziowski w tym zakresie nie ograniczał się wyłącznie do powołania się na rozstrzygnięcia sądów innych jurysdykcji, ale także próbował – aczkolwiek oczywiście w bardzo ograniczonym zakresie – dokonać analizy dorobku nauki prawa innych jurysdykcji⁵⁵. Jak będzie to jeszcze wskazane później, tak rozumiany dialog sędziowski, obudowany także doświadczeniami doktryny, prowadzi do dużo lepszego zrozumienia myśli sędziowskiej innej jurysdykcji, a więc jest przez to znacznie bardziej wartościowy dla podjęcia i należytego uzasadnienia rozstrzygnięcia w zawieszanej sprawie.

Oczywiście, zawsze znajdą się sędziowie gorliwie broniący własnych rozwiązań prawnych i własnej interpretacji postanowień⁵⁶. Nie zawsze można zresztą ich za to obciążać winą –

⁵³ Zob. Lord Slynn of Hadley, *2000-2005: Laying the Foundations of Human Rights Law in the United Kingdom*, *European Human Rights Law Review* 2005, nr 4, s. 349.

⁵⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 23 lutego 2007 r. w sprawie nr 2007 SCC 9, *Adil Char-kaoui, Hassan Almeiri i Mohamed Harkat przeciwko Kanada* (Minister Obywatelstwa i Imigracji oraz Minister Bezpieczeństwa Publicznego i Stanów Wyjątkowych), pkt. 69 i 125, dotyczący niezgodności procedur zezwalających na wydalenie cudzoziemców podejrzanych o działalność terrorystyczną tylko w oparciu o tajne informacje i z pominięciem wysłuchania zainteresowanych. Przedmiotowe orzeczenie zawiera szerokie odwołania porównawcze do prawa i orzecznictwa międzynarodowego i innych państw (m.in. przeanalizowano kilka orzeczeń Izby Lordów) – w tym także wyraźne odwołanie się do brytyjskiej ustawy Antiterrorism Act jako wzorca prawidłowego postępowania z osobami podejznanymi o związki z organizacjami terrorystycznymi, zgodnego z wartościami zawartymi w Kanadyjskiej Karcie Praw i Wolności. Orzeczenie zawiera nawet wskazówkę dla władzy prawodawczej Kanady, aby rozważyła przyjęcie norm prawnych i rozwiązań porównywalnych z ustawą Antiterrorism Act.

⁵⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Indii z 2004 r. w sprawie nr (2004) 1 LRI 1, *People's Union for Civil Liberties przeciwko Indie*, pkt III.13.

⁵⁶ Zob. w/w wyrok w sprawie *Abbott* (przypis 35). W zdaniu odrębnym sędziowie Stevens, Thomas i Breyer sprzeciwiali się „przydaniu szczególnej wagi” poglądom wyrażanym przez sądy innych państw-stron oraz „zastępowaniu własnego orzeczenia wyrokami innych sądów”, gdyż „garstka obcych rozstrzygnięć powołanych przez Sąd nie stanowi wystarczającego powodu dla odstąpienia od interpretacji Konwencji podzielanej przez liczne sądy apelacyjne Stanów Zjednoczonych” (s. 22), a „interes w tym, aby nasze sądy prawidłowo interpretowały Konwencję może przeważać nad tym, aby kwestię klauzuli ne exeat rozwiązać w ten sam sposób, jak rozwiązano to w innych państwach”. Co ciekawe,

niekiedy bowiem sędziowie orzekający w sądzie krajowym są nasyceni wartościami i rozwiązaniami przyjętymi we własnym krajowym systemie prawnym do tego stopnia, że uważają je *a priori* za dużo lepsze niż wszelkie rozwiązania spoza własnego systemu prawnego⁵⁷, ewentualnie automatycznie traktują rozstrzygnięcia pochodzące spoza kontroli suwerena państwowego jako podejrzane⁵⁸. Zdarzało się także, że pojawiały się inicjatywy polityczne mające doprowadzić do prawnego ograniczenia możliwości opierania rozstrzygnięć sądowych na dorobku orzecznictwa innych państw⁵⁹ czy wręcz do umożliwienia złożenia z urzędu sędziów powołujących się na obce rozstrzygnięcia bądź normy prawne dla uzasadnienia dokonanej przez siebie wykładni prawa krajowego⁶⁰.

7. Przedstawienie praktyki sądowej innych państw jako argumentu dla wsparcia własnego orzeczenia

Sądy krajowe niekiedy decydują się także na postępowanie odmienne niż w powyższym przypadku. Poszukując rozwiązania dla problemu o charakterze krajowym, czy też może raczej – problemu wynikającego ze stosowania normy krajowej, sędziowie szukają inspiracji i argumentacji w orzecznictwie sądów innych państw i poglądach przezeń przedstawionych. Należy zwrócić uwagę, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z chęcią zapewnienia jednolitości stosowania aktu prawa międzynarodowego, lecz raczej z poszukiwaniem konsensu co do stosowania norm krajowych, swego rodzaju wspólnego pojmowania instytucji prawnych, które są właściwe dla każdego państwa z osobna, ale jednocześnie występują wspólnie w tym sensie, że pojawiają się w systemach prawnych wielu państw. Sąd Najwyższy Stanów

sędziowie jednak nie tylko sprzeciwiali się nadaniu istotnego znaczenia poglądom innych sądów, ale także wskazywali na powody, dla których orzeczenia przywołane przez większość nie powinny mieć odniesienia do niniejszej sprawy i dla których należałoby przydać większą wagę tym orzeczeniom (głównie kanadyjskim), którym większość odmówiła przyjęcia. Reasumując, mniejszość uznała, że jednak „brak jest wystarczająco zmaterializowanej jednolitości, która mogłaby usprawiedliwić odstąpienie od naszego niezawisłego osądu w tej sprawie”. Bardziej zdecydowane poglądy wyrażali natomiast konserwatywni sędziowie Sądu Najwyższego. I tak, sędzia Clarence Thomas uważał, że „ten Sąd (...) nie powinien narzucać obcych odczuć i obcej mody Amerykanom” (Zob. zdanie aprobujące do wyroku z 21 października 2002 r. w sprawie nr 537 U.S. 990 (2002), *Foster przeciwko Floryda*, natomiast znany ze zdecydowanych sformułowań sędzia Antonin Gregory Scalia uznał, że „bez znaczenia jest to, co inne państwa uważają odnośnie egzekucji osób dotkniętych niedorozwojem psychicznym. Ich pojęcie sprawiedliwości (dzięki Bogu) różni się od poczucia przyjętego w naszym narodzie” (Zob. zdanie odrębne do wyroku z czerwca 2004 r. w sprawie nr 536 U.S. 304, 321, *Atkins przeciwko Wirginia*, pkt II).

⁵⁷ Zob. N. Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *Modern Law Review* 2008, nr 71, s. 212.

⁵⁸ Zob. W. Kahn Paul, *American Hegemony and International Law*, *Chicago Journal of International Law* 2000, nr 1, s. 17, który upatruje takiego stanowiska w doktrynie suwerenności narodu amerykańskiego, bardzo mocno zakorzenionej w amerykańskiej nauce prawa.

⁵⁹ Przykładowo w tym względzie można wymienić projekt uchwały 108 Kongresu nr 446 z 2003 r. oraz uchwały 108 Kongresu nr 568 z 2004 r. („Izba Reprezentantów ma poczucie, że rozstrzygnięcia sądowe odnośnie wykładni prawa Stanów Zjednoczonych nie powinny być opierane na wyrokach, prawach bądź ogłoszeniach obcych instytucji, chyba że z przedmiotowych wyroków, praw bądź ogłoszeń wynika zrozumienie pierwotnego znaczenia praw Stanów Zjednoczonych”) – rzeczywistość polityczna tamtych lat pozwala przypuszczać, że miały one być w istocie wymierzone w prawa osób homoseksualnych oraz przeciwników kary śmierci.

⁶⁰ Taki ekstremalny pogląd wyrażali członkowie Komisji Sprawiedliwości Kongresu Stanów Zjednoczonych, Bob Goodlatte z Wirginii i Tom Feeney z Florydy.

Zjednoczonych⁶¹ szeroko badał orzecznictwo sądów innych państw w tak delikatnych materiach prawa krajowego jak uprawnienie do uprawiania aktów miłości jedнопłciowej⁶² czy możliwość wykonania wyroku śmierci na skazanym, który w chwili popełnienia czynu był niepełnoletni⁶³.

8. Odmowa zastosowania się do orzeczenia sądu międzynarodowego skierowanego do sądu krajowego

Zdarza się jednak niekiedy tak, że pomimo zawarcia przez sąd międzynarodowy w swym orzeczeniu jasnego i bezwarunkowego nakazu bądź zakazu skierowanego do państwa (a więc wiążącego państwo w jego całości, w tym także organy wymiaru sprawiedliwości)

⁶¹ W tym względzie wyróżniali się zaliczający się do liberałów sędziowie John Paul Stevens, Stephen Breyer i umiarkowany sędzia Anthony McLeod Kennedy. Umiarkowana sędzia Sandra Day O'Connor natomiast wielokrotnie publicznie popierała zwiększenie oparcia się na rozstrzygnięciach sądów innych jurysdykcji. Jednakże, nawet bardzo konserwatywny sędzia William Hubbs Rehnquist wypowiedział się kiedyś następująco: „Kiedy po drugiej wojnie światowej utworzono wiele nowych sądów konstytucyjnych, sądy te w sposób naturalny odwoływały się do orzeczeń Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, jako jednego z wielu źródeł dla rozwijania własnego prawa. Jednakże teraz, kiedy prawo konstytucyjne jest tak solidnie osadzone w tak wielu państwach, nadszedł czas, aby sądy Stanów Zjednoczonych zaczęły spoglądać na decyzje innych sądów konstytucyjnych w celu wsparcia własnych rozważań”. Zob. szerzej na ten temat L. A. Malone, *From Breard to Atkins to Malvo: Legal Incompetency and Human Rights Norms on the Fringes of the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal 2004, nr 13, s. 363 i n.

⁶² Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr 539 U.S. 558 (2003), *John Geddes Lawrence i Tyron Gardner przeciwko Stan Teksas*, s. 573. Skarżący zostali skazani przez sąd stanowy za przestępstwo „dewiacyjnego stosunku seksualnego z inną osobą tej samej płci” (*deviate sexual intercourse with another individual of the same sex*) polegającego na „jakimkolwiek kontakcie choćby części organów płciowych jednej osoby z ustami bądź odbytem innej osoby” na podstawie § 21.06(a) w zw. z § 21.01(1) teksańskiego kodeksu karnego z 2003 roku. Sąd w uzasadnieniu orzeczenia uchylającego wyrok Sądu Apelacyjnego Czternastego Okręgu powołał się m.in. na wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 października 1981 r. w sprawie nr 7526/76, *Dudgeon v. UK* (uznający skazanie za akt homoseksualny za naruszenie Konwencji), z 25 września 2001 r. w sprawie nr 00044787/98, *P.G. & J.H. v. UK*, z 22 kwietnia 1993 r. w sprawie nr 15070/89, *Modinos v. Cyprus* oraz z 25 października 1988 r. w sprawie nr 10581/83, *Norris v. Ireland*. Co interesujące, Sąd przyjmuje, że „autorytet” wyroków ETPC w 45 państwach Rady Europy sprawia, że nie da się ich pogodzić z założeniem leżącym u podstaw wcześniejszego wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 30 czerwca 1986 r. w sprawie nr 478 U.S. 186 (1986), *Bowers przeciwko Hardwick*, s. 196, zgodnie z którym „decyzje jednostek odnoszące się do zachowań homoseksualnych podlegały interwencji państwa przez całą historię cywilizacji zachodniej. Potępienie dla takich praktyk jest głęboko zakorzenione w judeochrześcijańskich standardach moralnych i etycznych”. Co za tym idzie, „jeżeli chodzi o oparcie wyroku w sprawie Bowers na wartościach podzielanych przez cywilizację, to gdzie indziej zostały one odrzucone” (s. 576).

⁶³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 29 czerwca 1988 r. w sprawie nr 487 U.S. 815 (1988), *William Wayne Thompson przeciwko Stan Oklahoma*, s. 815. Sąd uchylając wyrok Sądu Apelacyjnego przyjął, że „wniosek, iż egzekucja osoby, która nie ukończyła 16 lat w chwili popełnienia przestępstwa, naruszałaby cywilizowane standardy jest spójny z poglądami, które wyrażają szanowane organizacje zawodowe, inne narody dzielące naszą spuściznę anglo-amerykańską i wiodących członków wspólnoty zachodnioeuropejskiej”. Sąd powołuje się w tym względzie na dorobek orzecznictwa Zjednoczonego Królestwa, Nowej Zelandii, Australii, Republiki Federalnej Niemiec, Francji, Portugalii, Holandii, państw skandynawskich, Kanady, Włoch, Hiszpanii i Szwajcarii, stwierdzając, że „już wcześniej uznaliśmy znaczenie poglądów społeczności międzynarodowej dla określenia, czy dana kara jest okrutna bądź niezwykła” (s. 839) i konkludując, że „społeczeństwa cywilizowane nie będą tolerować widowiska egzekucji dzieci” (s. 828).

sądy tego państwa wprost decydują się zignorować taki nakaz bądź zakaz i postąpić zgodnie z własnym mniemaniem. Szczególnie wyraźnym przejawem tego problemu są orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i sądów Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do wykonywania kary śmierci w świetle uregulowań Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych⁶⁴. Art. 36 Konwencji przewiduje swobodę porozumiewania się pomiędzy urzędnikami konsularnymi, a obywatelami państwa wysyłającego, także pozbawionymi wolności, jak również pewne zobowiązania państwa przyjmującego, w tym zobowiązanie do udzielenia odpowiedniej informacji⁶⁵. Prawo krajowe Stanów Zjednoczonych przyjmuje, że ratyfikowana umowa międzynarodowa ma status równy ustawie federalnej i pierwszeństwo przed prawem stanowym⁶⁶, natomiast konflikty pomiędzy nimi rozstrzyga przede wszystkim zasada *lex posterior derogat legi priori*⁶⁷, z zachowaniem zasady równego traktowania, zasady wykonywania zobowiązań międzynarodowych w dobrej wierze⁶⁸, zasady prymatu Konstytucji Stanów

⁶⁴ *Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963 r.*, ratyfikowana przez Polskę w dniu 17 września 1981 r. (Dz. U. z 17 maja 1982 r.). Konwencja ta została ratyfikowana przez Stany Zjednoczone w 1969 r.

⁶⁵ Przepis ten stanowi: „1. W celu ułatwienia wykonywania funkcji konsularnych dotyczących obywateli państwa wysyłającego: urzędnicy konsularni mają swobodę porozumiewania się z obywatelami państwa wysyłającego i udawania się do nich. Obywatele państwa wysyłającego mają taką samą swobodę w odniesieniu do porozumiewania się z urzędnikami konsularnymi państwa wysyłającego oraz udawania się do nich; jeżeli zainteresowana osoba o to prosi, właściwe władze państwa przyjmującego powinny niezwłocznie zawiadomić urząd konsularny Państwa wysyłającego o tym, że w jego okręgu konsularnym obywatel tego państwa został tymczasowo aresztowany, uwięziony lub pozbawiony wolności w jakikolwiek inny sposób. Każda wiadomość, skierowana do urzędu konsularnego przez osobę przebywającą w areszcie tymczasowym, więzieniu lub pozbawioną wolności w jakikolwiek inny sposób, powinna być również niezwłocznie przekazana przez wspomniane władze. Powinny one też niezwłocznie poinformować zainteresowaną osobę o jej prawach wynikających z niniejszego punktu; urzędnicy konsularni mają prawo odwiedzania obywatela państwa wysyłającego, który jest tymczasowo aresztowany, uwięziony lub pozbawiony wolności w jakikolwiek inny sposób, rozmawiania i korespondowania z nim oraz zapewnienia mu zastępstwa prawnego. Mają oni również prawo odwiedzania każdego obywatela państwa wysyłającego, który w wykonaniu wyroku w ich okręgu bądź przebywa w więzieniu, bądź jest pozbawiony wolności w jakikolwiek inny sposób. Urzędnicy konsularni powinni jednak powstrzymać się od działania na rzecz obywatela przebywającego w areszcie tymczasowym lub w więzieniu bądź pozbawionego wolności w jakikolwiek inny sposób, jeżeli zainteresowana osoba wyraźnie się temu sprzeciwi. 2. Prawa określone w ustępie 1 niniejszego artykułu powinny być wykonywane zgodnie z ustawami i innymi przepisami państwa przyjmującego, z zastrzeżeniem jednak, że wspomniane ustawy i inne przepisy powinny umożliwiać pełną realizację celów, którym służą prawa przyznane na podstawie niniejszego artykułu.”

⁶⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 2 lutego 1942 r. w sprawie nr 315 U.S. 203 (1942), *Stany Zjednoczone przeciwko Pink*, s. 230.

⁶⁷ W niniejszym przypadku znajdowały zastosowanie przepisy ustawy o przeciwdziałaniu terroryzmowi i efektywnej karze śmierci (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*) z 1996 r., która miała za zadanie przyspieszyć wykonywanie orzeczonych kar śmierci, co zamierzano osiągnąć m.in. przez ograniczenie możliwości powoływania nowych zarzutów w postępowaniach przed sądami federalnymi i rozszerzenie doktryny prekluzji procesowej „w przypadku, w którym skarżący nie wykazał okoliczności faktycznych stanowiących podstawę roszczenia w postępowaniu przed sądami stanowymi” (28 U.S.C. § 2254(e)(2) 2001). Prekluzja ta znajdowała zastosowanie także w przypadku oparcia roszczenia na postanowieniu wiążącej Stany Zjednoczonej umowy międzynarodowej (28 U.S.C. § 2254(a) 2001).

⁶⁸ Ustanowiony w art. 26 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., ratyfikowanej przez Polskę w dniu 27 kwietnia 1990 r. (Dz. U. z 1990 r., nr 74, poz. 439) – „Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze”.

Zjednoczonych zarówno nad ustawami federalnymi, jak i nad umowami międzynarodowymi⁶⁹. Stany Zjednoczone zaakceptowały jurysdykcję MTS w sporach wynikających z Konwencji ratyfikując Protokół dodatkowy dotyczący obowiązkowego rozstrzygnięcia sporów⁷⁰.

Faktyczne problemy z wykonywaniem tej jurysdykcji pojawiły się po raz pierwszy w sprawie *Breard*⁷¹. Paragwaj próbował podjąć różne kroki prawne przed sądami Stanów Zjednoczonych w celu czasowego wstrzymania egzekucji Brearda, wszystkie one zakończyły się jednak porażką⁷². Jednakże, Paragwaj zwrócił się także do MTS o wydanie orzeczenia o środkach tymczasowych, a wniosek jego został uwzględniony w całości postanowieniem MTS z 9 kwietnia 1998 r.⁷³. Pomimo korzystnego rozstrzygnięcia wstępnego MTS, Sąd Najwyższy odmówił wstrzymania egzekucji, wskazując, że postanowienie to zasługuje jedynie na

⁶⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 10 czerwca 1957 r. w sprawie nr 354 U.S. 1 (1957), *Reid przeciwko Covert*, pkt I. W ocenie Sądu Najwyższego, prymat Konstytucji Stanów Zjednoczonych nad umowami międzynarodowymi wynika z faktu, że „Stany Zjednoczone są w całości wytworem Konstytucji (*a creature of the Constitution*). Mogą działać wyłącznie zgodnie z ograniczeniami nałożonymi przez Konstytucję”.

⁷⁰ Protokół dodatkowy z 24 kwietnia 1963 r., zobowiązujący państwa-strony do poddania „sporu wynikającego z wykładni bądź stosowania Konwencji” pod jurysdykcję MTS w przypadku, w którym strony nie dojdą do porozumienia odnośnie innego sposobu rozwiązania sporu w rozsądnym czasie.

⁷¹ *Breard*, obywatel Paragwaju, został oskarżony w stanie Wirginia o zbrodnie zgwałcenia i usiłowania morderstwa, zresztą rzekomo pozostając pod wpływem satanistycznej klątwy rzuconej nań przez teścia (co było prawdopodobnie spowodowane uszkodzeniem mózgu), a następnie skazany za nie po krótkim procesie na karę śmierci. Przez cały czas postępowania, łącznie z postępowaniem sądowym przed sądami stanowymi wyższej instancji, oskarżony nie został poinformowany o swoim uprawnieniu do kontaktu z urzędnikiem konsularnym. Kiedy oskarżony próbował powołać się na tę okoliczność w postępowaniu przed sądami federalnymi (wskazując dodatkowo, że liczył na uniewinnienie z uwagi na odrodzenie w Jezusie Chrystusie i wyzwolenie spod szatańskiego opętania), niestety spotkał się z zarzutem prekluzji procesowej (*procedural default*), wykluczającym podniesienie przez sądem federalnym nieprawidłowości proceduralnych w postępowaniu karnym, które były znane bądź przy należytej staranności mogły być znane oskarżonemu i których nie podniesiono przed sądami stanowymi najwyższej instancji.

⁷² Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 14 kwietnia 1998 r. w sprawach połączonych nr 523 U.S. 371 (1998), *Angel Francisco Breard przeciwko Naczelnik Zakładu Karnego Greene; Republika Paragwaju, ambasador Paragwaju w Stanach Zjednoczonych i konsul generalny Paragwaju w Stanach Zjednoczonych przeciwko Gubernator Stanu Wirginia James S. Gilmore; in re Angel Francisco Breard*. Zob. także wyrok federalnego sądu okręgowego dla wschodniego okręgu stanu Wirginia z 27 listopada 1996 r. w sprawie *Angel Francisco Breard przeciwko J.D. Netherland* (949 F. Supp. 1255; E.D. Va. 1996) oraz wyrok federalnego Sądu Apelacyjnego Czwartego Okręgu z 20 stycznia 1998 r. w sprawie nr 96-25, *Angel Francisco Breard przeciwko Naczelnik Zakładu Karnego Samuel V. Pruett* (134 F.3d 615), w którym sądy te uznały, że zaniechanie obrońcy skutkujące niepodniesieniem zarzutów o czasie jest ryzykiem, które musi ponieść oskarżony, zaś Sąd Apelacyjny zważył, że: „Konwencja wiedeńska obowiązuje od 1969 r. (...), a podjęcie przez obrońcę odpowiednio starannych poszukiwań (...) z pewnością doprowadziłoby do ujawnienia istnienia tej Konwencji i zakresu jej ewentualnego zastosowania. Umowy międzynarodowe należą do tych źródeł prawa, które jako pierwsze powinien zbadać odpowiednio staranny obrońca, który reprezentuje obywatela innego państwa. Jak się wydaje, obrońcy w innych sprawach (...) uczynili to i nie mieli żadnych kłopotów z dowiedzeniem się o istnieniu Konwencji”. Obrońca oskarżonego Brearda rzeczywiście nie podniósł przedmiotowych zarzutów, co być może wynikało jednak z jego braku jakiegokolwiek doświadczenia z prawem międzynarodowym.

⁷³ „Stany Zjednoczone podejmą wszystkie środki, jakimi dysponują, aby zapewnić, że Angel Francisco Breard nie zostanie stracony aż do wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu”.

„rozważenie z szacunkiem” (*respectful consideration*)⁷⁴, co zresztą było zgodne z opiniami wyrażonymi przez Radcę Generalnego Stanów Zjednoczonych⁷⁵ i Departament Sprawiedliwości⁷⁶. Departament Stanu, który również podnosił brak podstaw prawnych, aby Sąd Najwyższy mógł wstrzymać egzekucję, dostrzegł jednocześnie „wyjątkowe i trudne kwestie polityki zagranicznej” w niniejszej sprawie, jak ujęła to Sekretarz Stanu Madeleine Albright w liście do gubernatora Wirginii Jamesa Gilmore’a⁷⁷. Zgodnie z oczekiwaniami, gubernator Wirginii odmówił wstrzymania egzekucji⁷⁸. Breard został zatem stracony pięć dni później, zgodnie z pierwotnie ustaloną datą egzekucji. Późniejsze złożenie oficjalnych przeprosin przez Stany Zjednoczone⁷⁹ nie mogło już tego faktu zmienić. Przyjmując złożone przeprosiny za satysfakcjonujące, Paragwaj wycofał złożoną skargę⁸⁰.

Identyczna sytuacja miała miejsce w przypadku braci Waltera Burnhardta i Karla Hinze LaGrand, obywateli niemieckich⁸¹ skazanych na karę śmierci przez Sąd Wyższy Hrabstwa Pima w dniu 14 grudnia 1984 r. i następnie straconych przez stan Arizona za zabójstwo, usiłowanie zabójstwa, porwanie oraz usiłowanie rozboju dokonane podczas napadu na bank

⁷⁴ „Jeżeli Gubernator pragnie poczekać na rozstrzygnięcie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, jest to jego prawo. Nasze orzecznictwo jednak nie pozwala podjąć tej decyzji za niego”. W swoim zdaniu odrębnym sędzia Breyer wskazał, że „więcej czasu [ze strony stanu Wirginia] prawdopodobnie pozwoliłoby na dalsze posiedzenia i rozważenie, przykładowo, potencjalnego znaczenia postępowania na forum międzynarodowym”.

⁷⁵ Radca Generalny zajął stosunkowo oględne stanowisko, zgodnie z którym „są poważne spory pomiędzy prawnikami co do tego, czy postanowienie MTS o środkach tymczasowych ma charakter wiążący (...) Stanowisko odmawiające takiemu postanowieniu charakteru wiążącemu jest lepiej uzasadnione”.

⁷⁶ Departament Sprawiedliwości wyraził natomiast pogląd, że „Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości nie ma kompetencji do ingerowania w nasz system karnego wymiaru sprawiedliwości”. Cytat za M. Sheik, *From Breard to Medellin: Supreme Court Inaction or ICJ Activism in the Field of International Law*, California Law Review 2006, nr 94, s. 531 i n.

⁷⁷ List od M. K. Albright, Sekretarza Stanu Stanów Zjednoczonych, do Szanownego Jamesa S. Gilmore’a III, Gubernatora Stanu Wirginia z 13 kwietnia 1998 roku. Wymowa listu Sekretarza Stanu nie była jednak jednoznaczna, skoro Albright jednocześnie wskazywała, że „Stany Zjednoczone stanowczo broniły prawa stanu Wirginia do wykonania orzeczonego wyroku” oraz, że „kieruje niniejszą prośbę [o wstrzymanie egzekucji] z wielką niechęcią”. Cytat jak w przypisie 73.

⁷⁸ Oświadczenie J. S. Gilmore’a III, Gubernatora Stanu Wirginia z 14 kwietnia 1998 r. Gubernator co prawda zauważył, że obawy M. Albright były przyjęte „z wielkim szacunkiem” i „gruntownie rozważone”. Jednakże jego obowiązkiem było zapewnienie, aby mieszkańcy Wirginii „mogli żyć wolni od strachu przed przestępstwem”. Nadto, gubernator podkreślił, że „odłożenie w czasie wykonania egzekucji pana Brearda w celu umożliwienia zbadania sprawy przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości oznaczałoby w praktyce przeniesienie kompetencji z sądów Wspólnoty [oficjalna nazwa stanu Wirginia] i sądów Stanów Zjednoczonych na Międzynarodowy Trybunał”. Cytat jak w przypisie 73.

⁷⁹ Komunikat prasowy J. P. Rubina, rzecznika prasowego Departamentu Stanu z 4 listopada 1998 r., ogłoszony w Asuncion (Paragwaj), dostępny pod adresem internetowym [http:// secretary.state.gov/www/briefings/statements/1998/ps981104.html](http://secretary.state.gov/www/briefings/statements/1998/ps981104.html).

⁸⁰ Komunikat prasowy MTS z 11 listopada 1998 r. o skreśleniu sprawy z rejestru na żądanie Paragwaju.

⁸¹ Aczkolwiek sprawcy wyjechali do Stanów Zjednoczonych w wieku 4 i 5 lat, dorastali w tym państwie i zostali przysposobieni przez obywatela amerykańskiego, sami amerykańskiego obywatelstwa nigdy nie uzyskali. Niekiedy wskazuje się nawet, że być może powodem naruszenia Konwencji przez Stany Zjednoczone był wygląd i akcent braci LaGrand, którzy wyglądali i zachowywali się jak WASP (biali anglosascy protestanci) oraz posługiwali się wyłącznie językiem angielskim (prawdopodobnie nawet nie znali języka niemieckiego).

w Marana⁸², którym również nie zapewniono prawa do opieki konsularnej. Karl LaGrand został stracony w dniu 24 lutego 1999 r., pomimo licznych interwencji dyplomatycznych, w tym podejmowanych na najwyższym szczeblu. Republika Federalna Niemiec postanowiła zatem wystąpić ze skargą przeciwko Stanom Zjednoczonym do MTS, co uczyniła w dniu 2 marca 1999 r., składając jednocześnie wniosek o orzeczenie środków tymczasowych celem zabezpieczenia skargi. Pomimo wydania przez MTS analogicznego jak w przypadku Brearda orzeczenia o środkach tymczasowych w dniu 3 marca 1999 r. (zawierającego także zobowiązanie Stanów Zjednoczonych do przekazania postanowienia gubernator stanu Arizona)⁸³ oraz pomimo zmiany przez Radę Łaski Stanu Arizona (organ doradczy w sprawach wniosków o wstrzymanie egzekucji) swojej wcześniejszej negatywnej opinii (co zgodnie z prawem stanowym uniemożliwiało gubernator skorzystanie z prawa łaski) i stanowczego zalecenia wstrzymania egzekucji⁸⁴, w tym samym dniu gubernator stanu Arizona odmówiła jednak wstrzymania egzekucji⁸⁵, a Walter LaGrand został stracony. Warto podkreślić, że wniosek o wykonanie postanowienia MTS w drodze wstrzymania egzekucji skazanego, skierowany przez Niemcy do Sądu Najwyższego, został oddalony z uwagi na „nadmierne opóźnienie” (*tardiness*), gdyż został on złożony na dwie godziny przed planowaną datą egzekucji⁸⁶.

Republika Federalna Niemiec nie wycofała złożonej skargi. MTS zdecydował się zatem rozstrzygnąć sprawę co do istoty stwierdzając naruszenie Konwencji przez Stany Zjednoczone w drodze rygorystycznego przestrzegania zasady prekluzji proceduralnej oraz podkreślając, że postanowienie Trybunału o środkach tymczasowych ma charakter wiążący i tworzy zobowiązanie po stronie Stanów Zjednoczonych⁸⁷, „nie jest wyłącznie apelem” (*a mere exhortation*), a jego naruszenie samo przez się stanowi naruszenie wiążącego państwa prawa międ-

⁸² Bracia LaGrand nie mieli szczęścia. Porwany przez nich dyrektor banku nie był w stanie otworzyć skarbca bankowego, gdyż znał jedynie połowę kombinacji do zamka szyfrowego. Okoliczność ta rozgniewała sprawców do tego stopnia, że skrupowali pokrzywdzonego taśmą izolacyjną i zadali mu 24 ciosy nożem, w następstwie których zmarł.

⁸³ Zob. postanowienie MTS z 3 marca 1999 r. w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America) (Provisional measures), ICJ Reports 1999.

⁸⁴ Zalecenie odłożenia egzekucji w czasie o 60 dni było podyktowane – jak wynika z treści opinii – m.in. „problemami prawa międzynarodowego występującymi w niniejszym przypadku”. Przewodniczący Rady skonkludował, że „dlaczego mielibyśmy nie dać rządowi Niemiec szansy przedstawienia ich roszczenia przed sądem światowym?”. Cytat jak w przypisie 76.

⁸⁵ Oświadczenie J. D. Hull, Gubernator Stanu Arizona z 2 marca 1999 r. w sprawie Waltera LaGrand. Gubernator wskazała, że jej obowiązkiem jest „wykonywanie praw stanowych”, tak więc egzekucja musi odbyć się zgodnie z planem „w interesie sprawiedliwości i mając na względzie los ofiar”. Cytat jak w przypisie 76.

⁸⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 3 marca 1999 r. w sprawie nr 526 U.S. 111 (1999), *Republika Federalna Niemiec et al. przeciwko Stany Zjednoczone et al.* W swoim aprobuującym zdaniu odrębnym sędzia Souter podzielał stanowisko Radcy Generalnego Stanów Zjednoczonych, który zajął stanowisko negatywne względem Niemiec wskazując, że „postanowienie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości wskazujące środki tymczasowe nie jest wiążące i nie stanowi podstawy prawnej decyzji sądowej”. W zdaniach odrębnych sędziowie Breyer i Stevens wskazywali natomiast, że uwzględnienie wniosku Niemiec „pozwoliłoby rozważyć, po przedstawieniu stanowisk przez wszystkie zainteresowane strony, kwestie jurysdykcji i prawa międzynarodowego wiążące się z niniejszą sprawą” (s. 3).

⁸⁷ Trybunał podkreślił, że „kompetencja do wskazania środków tymczasowych pociąga za sobą moc wiążącą tych środków (...), co jest konieczne dla zabezpieczenia i uniknięcia uszczerbku dla uprawnień stron do czasu wydania ostatecznego wyroku przez Trybunał”, a odmienny pogląd „byłby sprzeczny z celami” postanowień tworzących MTS (wyrok MTS z 27 czerwca 2001 r. w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America) (Merits), ICJ Reports 2001, pkt 102).

dzynarodowego⁸⁸. Trybunał nie przyjął wyjaśnień Stanów Zjednoczonych, które próbowały się usprawiedliwić niezwłocznym przekazaniem postanowienia do decyzji gubernator – jako jedynej kompetentnej do rozstrzygnięcia w sprawie z uwagi na federalny charakter państwa⁸⁹. Zważył natomiast, że orzeczenie o środkach tymczasowych nie stworzyło zobowiązania rezultatu, a z uwagi na bardzo późne złożenie wniosku o orzeczenie środków tymczasowych władze Stanów Zjednoczonych pozostawały pod wielką presją i miały bardzo mało czasu na podjęcie działań, zaś skutek prawny orzeczenia o środkach tymczasowych nie został jeszcze przesądzony – stwierdził jednak, że miałyby to znaczenie dopiero wówczas, gdyby RFN domagała się także zadośćuczynienia. Co za tym idzie, w tej sprawie po raz pierwszy sąd międzynarodowy nie tylko dokonał bardzo dynamicznej wykładni własnych kompetencji (a może bardziej dokładnie – skutku wykonywania własnych kompetencji), ale także wskazał, że niezastosowanie się przez państwo do efektu kompetencji wykonanych przez MTS stanowić będzie sam w sobie delikt prawa międzynarodowego, skutkujący odpowiedzialnością na płaszczyźnie prawa międzynarodowego. Oczywiście, nadanie czy też „odkrycie” mocy wiążącej postanowienia o środkach tymczasowych nie będzie prowadzić do automatycznego uznania takiego skutku przez państwa, ani też nie doprowadzi do automatycznego wykonania tego postanowienia przez państwo, w szczególności w sytuacji takiej jak w przypadku *LaGrand*, gdzie wykonanie postanowienia wymagać będzie odpowiedniej reakcji ze strony wymiaru sprawiedliwości danego państwa. Oczywiście, w niniejszej sprawie trudno odmówić racji poglądom Sądu Najwyższego, który wskazywał na spóźnione działanie RFN (bracia LaGrand przebywali w celi śmierci przez kilkanaście lat, a sprawa ich nabrała rozpędu dopiero w ostatnich tygodniach ich życia) oraz dość wątpliwe uzasadnienie do postanowienia o orzeczeniu środków tymczasowych, w którym Trybunał wskazywał, że okoliczności wymagają wydania orzeczenia o środkach tymczasowych z najwyższym pospiechem i bez dalszego procedowania w sprawie.

Więcej szczęścia mieli natomiast obywatele Meksyku w sprawie *Avena*⁹⁰. Postanowienie MTS o środkach tymczasowych z 5 lutego 2003 r.⁹¹, uzasadnione koniecznością zapobieżenia „nie dającym się naprawić szkodom w uprawnieniach, których przysługiwanie Meksykowi mogłoby następnie zostać przysądzone przez Trybunał” zostało bowiem wykonane przez Stany Zjednoczone⁹². Dodatkowo, orzeczenie MTS zawierało – aczkolwiek pośrednio – rzeczywiste zobowiązanie nałożone na sądy Stanów Zjednoczonych, gdyż pozwane państwo zostało zobowiązane, aby „wybranymi przez siebie środkami zapewnić ponowne zbadanie

⁸⁸ *Ibidem*, pkt 102 i n.

⁸⁹ Zob. szerzej na ten temat A. M. Tranel, *The Ruling of the International Court of Justice in the Avena and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence*, *American University International Law Review* 2005, nr 2, s. 403-464.

⁹⁰ Zob. wyrok MTS z 31 marca 2004 r. w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *ICJ Reports* 2004, s. 12.

⁹¹ Sformułowane zresztą w sposób bardziej kategoryczny niż w sprawie *Breard*, gdyż Stany Zjednoczone „podejmą (*shall take*) wszystkie środki niezbędne do zapewnienia, aby Pan Cesar Roberto Fierro Reyna, Pan Roberto Moreno Ramos i Pan Osvaldo Torres Aguilera nie zostali straceni do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia Trybunału co do istoty sprawy”. Wcześniejsze postanowienia o środkach tymczasowych posługiwały się delikatniejszym sformułowaniem „powinny podjąć” (*should take*).

⁹² Wykonanie to zresztą miało czasem dość zdecydowaną formę – przykładowo 11 stycznia 2003 r. gubernator stanu Illinois George Ryan skorzystał z prawa łaski i złagodził karę śmierci wobec wszystkich skazanych w tym stanie, w tym trzech obywateli meksykańskich, których dotyczyła meksykańska skarga.

i rozważenie skazań i kar orzeczonych wobec obywateli Meksyku (...) biorąc pod rozwagę” naruszenia art. 36 Konwencji oraz wymienione punkty orzeczenia MTS, co powinno znaleźć wyraz w „procesie sądowym”⁹³. Jak wskazuje M. Warren, orzeczenie w sprawie *Avena* stanowiło wyraz „rosnącej frustracji MTS wskutek niewykonywania przez Stany Zjednoczone postanowień Konwencji”⁹⁴. Frustracja taka może być nawet uznana za uzasadnioną, skoro pomimo wielkiego rozgłosu, zarówno medialnego jak i naukowego, sądy Stanów Zjednoczonych nadal miały wątpliwości co do prawidłowej wykładni postanowień Konwencji⁹⁵, a wręcz co do tego, czy taka wykładnia została dokonana⁹⁶. Co godne wspomnienia, w przypadku braku zajęcia zdecydowanego stanowiska orzeczniczego przez sąd najwyższy danej jurysdykcji, sądy krajowe raczej będą dążyć w kierunku wymuszenia takiego stanowiska bądź poszukiwania i wypracowania własnego, najczęściej umiarkowanego poglądu niż opierać się na dynamicznej wykładni prawa międzynarodowego dokonanej przez sądy międzynarodowe⁹⁷.

Kolejnym krokiem na drodze weryfikacji dynamicznej wykładni dokonanej przez MTS przez sądy Stanów Zjednoczonych była sprawa *Medellin*⁹⁸, w której wnioskodawcą żądającym zbadania legalności jego skazania i orzeczenia wobec niego kary śmierci w świetle wyroku MTS był jeden z obywateli meksykańskich, których dotyczył wyrok w sprawie *Avena*. Sądy orzekające w tej sprawie podtrzymały jednakże tradycyjną wykładnię Konwencji wiedeńskiej dokonaną przez Sąd Najwyższy wskazując, że związane są mocą jego precedensu niezależnie od wykładni dokonanej następnie przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości⁹⁹. Stanowisko Prezydenta Stanów Zjednoczonych, wyrażone w Memorandum skierowanym dnia 28 lutego 2005 r. do Prokuratora Generalnego Stanów Zjednoczonych, wyrażało akceptację

⁹³ Jak wynika jednak z dalszych losów osób, których dotyczyło postępowanie w sprawie *Avena*, żadne postępowania sądowe zmierzające do zmiany ich sytuacji prawnej nie zakończyły się sukcesem. Jeżeli chodzi natomiast o drogę administracyjną, to sukces odniósł tylko jeden skazany – Osvaldo Torres Aguilera – wobec którego gubernator stanu Oklahoma Brad Torres skorzystał w dniu 13 maja 2004 r. z prawa łaski.

⁹⁴ Zob. M. Warren, *Death, Dissent and Diplomacy: The U.S. Death Penalty as an Obstacle to Foreign Relations*, William & Mary Bill of Rights Journal 2004, nr 13, s. 309 i n.

⁹⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego Dziesiątego Okręgu z 27 czerwca 2001 r. w sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Minjares-Alvares* (264 F.3d 980), pkt 25, w którym Sąd ten wprost stwierdził, że „pytanie, czy Konwencja wiedeńska nadaje jakieś uprawnienia jednostkom, pozostaje nadal otwarte” pomimo poświęcenia na ten temat dużo miejsca w uzasadnieniu orzeczenia MTS.

⁹⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego dla Stanu Massachusetts z 27 marca 2003 r. w sprawie *Wspólnota [oficjalna nazwa stanu Massachusetts] przeciwko Sven Olaf Diemer* (785 N.E.2d 1237), s. 689, w którym Sąd ten zważył, że „większość sądów rozpoznających tę kwestię [zastosowania Konwencji wiedeńskiej] po orzeczeniu [MTS] w sprawie *LaGrand* nie poświęciło temu orzeczeniu większej uwagi”.

⁹⁷ Zob. wyrok Karnego Sądu Apelacyjnego dla Stanu Tennessee z 19 lutego 2004 r. w sprawie *Cauthern przeciwko Stan Tennessee* (145 S.W.3d 571), s. 59, w którym orzeczono, że „mając na względzie brak wskazówek ze strony Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, kierować się będziemy zasadą ogólną, zgodnie z którą umowy międzynarodowe nie mają w zamiarze stron tworzyć uprawnień, których mogłyby dochodzić jednostki”.

⁹⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 25 marca 2008 r. w sprawie nr 552 U.S. 491 (2008), *Jose Ernesto Medellin przeciwko Stan Teksas*, s. 23. J. Medellin został prawomocnie skazany na karę śmierci przez sądy teksańskie za przestępstwo kwalifikowanego zgwałcenia dwóch nieletnich dziewcząt, a następnie zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem jednej z nich.

⁹⁹ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego Piątego Okręgu z 20 maja 2004 r. w sprawie *Medellin I* (371 F.3d 270), pkt 35: „Nie możemy zlekceważyć utrwalonego poglądu Sądu Najwyższego, zgodnie z którym zwykłe zasady prekluzji proceduralnej stanowią przeszkodę do powoływania argumentów opartych na Konwencji wiedeńskiej. (...) Jedynie Sąd Najwyższy może zmienić rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego”.

związaniem wyroku MTS oraz konieczność wykonania tego wyroku przez sądy amerykańskie, co spotkało się z bardzo zdecydowaną odpowiedzią ze strony Prokuratora Generalnego Stanu Teksas¹⁰⁰. Zarazem jednak, tydzień później, a więc jeszcze przed wydaniem orzeczenia w niniejszej sprawie, Stany Zjednoczone wycofały swoją zgodę na Protokół dodatkowy¹⁰¹, co pozbawiło MTS dalszej jurysdykcji w sprawach wykładni i stosowania Konwencji wiedeńskiej. MTS nie uniknął zatem tzw. *sanction of denial*. Sąd Najwyższy orzekając w tej sprawie przyjął jednak, że ciężar orzekania leży po stronie sądów stanowych i wnioski oddalił z przyczyn formalnych, tym samym unikając konieczności rozstrzygnięcia w tej delikatnej sprawie. Argumentując swoje wstrzeźliwe stanowisko Sąd Najwyższy przyjął pierwszeństwo politycznego rozwiązywania problemów prawa międzynarodowego i podkreślił, że „nie jest rolą sądów federalnych wymuszanie na sądach stanowych zastosowanie konkretnego środka prawnego poprzez samodzielne tworzenie prawa”¹⁰². Sąd Najwyższy stanął zatem na stanowisku, że orzeczenie MTS nie może być podstawą do naruszenia konstytucyjnego systemu podziału władzy i nie może doprowadzić sądów do prawotwórstwa. Zarazem jednak – chyba z tych samych przyczyn – Sąd odmówił Prezydentowi Stanów Zjednoczonych uprawnienia do wpływania na sposób stosowania prawa przez sądy.

Z kolei, rozstrzygając w sprawie skazanego za zabójstwo M. Sanchez-Llamasa¹⁰³, Sąd Najwyższy nie przyjął argumentacji wnioskodawcy, zgodnie z którą wyroki MTS w sprawach *LaGrand* i *Avena* stanowią przeszkodę w stosowaniu przepisów krajowych ustanawiających prekluzję proceduralną. Sąd podkreślił specyfikę amerykańskiego systemu prawnego, której nie wolno pominąć przy stosowaniu Konwencji¹⁰⁴. W ocenie Sądu, interpretacja prawa krajowego Stanów Zjednoczonych jest zadaniem amerykańskich sądów krajowych. Przeprowadzono jednak w tej sprawie rozważenie wykładni Konwencji i przyjęto, że wstrzeźliwa wykładnia literalna odsyłająca do krajowych uregulowań implementacyjnych musi mieć pierwszeństwo przed dynamiczną wykładnią celowościową, dokonaną przez sąd międzynarodowy. Jednocześnie, wyprowadzono wniosek ogólny, zgodnie z którym wyroki MTS nie mają bezpośredniej mocy wiążącej w krajowym systemie prawnym, zasługują jedynie na „rozważenie z szacunkiem”, zaś moc wiążącą w krajowym systemie prawnym mogą uzyskać wyłącznie

¹⁰⁰ Prezydent G. W. Bush oświadczył m.in.: „Ustaliłem, zgodnie z uprawnieniami przysługującymi mi jako Prezydentowi Stanów Zjednoczonych na mocy Konstytucji i ustaw Stanów Zjednoczonych Ameryki, że Stany Zjednoczone wykonają swoje zobowiązania międzynarodowe wynikające z orzeczenia [MTS] w sprawie *Avena* w ten sposób, że sądy stanowe nadadzą skutek orzeczeniu zgodnie z ogólnymi zasadami wykonywania zobowiązań w dobrej wierze”. W swej odpowiedzi natomiast Prokurator Generalny Stanu Teksas wskazał, że „Uważamy, że ustalenie dokonane przez egzekutywę wykracza poza konstytucyjne granice ustalone dla władzy federalnej” i zarzucał prezydentowi, że ten próbuje narzucić suwerennemu stanowi Teksas nie tylko własną wolę, ale i próbuje go podporządkować wyrokowi obcego sądu.

¹⁰¹ List Sekretarza Stanu C. Rice do Sekretarza Generalnego ONZ K. Annana z 7 marca 2005 r.

¹⁰² Zob. wyrok w sprawie *Medellin* (przypis 98), s. 17.

¹⁰³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych 28 czerwca 2006 r. w sprawie nr 548 U.S. 331 (2006), *Sanchez-Llamas przeciwko Stan Oregon*, s. 19, zgodnie z którym „ani struktura, ani cel utworzenia MTS nie sugerują, by dokonane przezeń interpretacje miałyby być wiążące dla sądów Stanów Zjednoczonych”.

¹⁰⁴ Sąd był zdania, że „wykładnia artykułu 36 [Konwencji wiedeńskiej] dokonana przez MTS jest nie do pogodzenia z podstawowymi cechami systemu kontradyktoryjnego” (*ibidem*, s. 22) i „nie pozostawia miejsca dla wykonania jasnej dyspozycji zawartej w art. 36, zgodnie z którą uprawnienia ustanowione w art. 36 powinny być wykonywane zgodnie z ustawami i regulacjami państwa przyjmującego” (*ibidem*, s. 23).

wtedy, jeżeli moc taką nadał im prawodawca krajowy, odpowiedzialny politycznie przed suwerenem i stanowiący jego emanację, co jest wyrazem zasady suwerenności państwowej¹⁰⁵.

Warto zakończyć niniejszy wywód historią orzeczenia w sprawie *Valdez*. W sprawie tej gubernator stanu Oklahoma odmówił zastosowania prawa łaski wobec skazanego pomimo pozytywnej opinii Rady ds. Prawa Łaski i Warunkowego Zwolnienia Stanu Oklahoma oraz poparcia wniosku przez Departament Stanu. Sąd stanowy nie przyjął argumentu skazanego, zgodnie z którym „stan Oklahoma jest związany umowami międzynarodowymi w takim samym stopniu, jak Stany Zjednoczone”¹⁰⁶ i uznał, że wykładnia przyjęta przez Sąd Najwyższy w sprawie *Breard* musi mieć pierwszeństwo przed wykładnią przyjętą przez MTS w sprawach *LaGrand* i *Avena*¹⁰⁷. Niezależnie od takiego poglądu, sąd stanowy przyjął jednak, że sprawa Valdeza musi być osądzona na nowo ze względu na interpretację faktów *in dubio pro reo*¹⁰⁸. Takie stanowisko zasługuje z pewnością na aprobatę – sąd krajowy przeprowadził bowiem niezależnie analizę orzeczenia sądu międzynarodowego i aczkolwiek odmówił mu mocy wiążącej, to jednocześnie w istocie podzielił wartości, które prowadziły do wydania orzeczenia w sprawach *LaGrand* i *Avena*. Orzeczenie w sprawie *Valdez* jawi się zatem zarazem jako wyważone i sprawiedliwe, będące wynikiem rzeczywistego, dojrzałego dialogu sądowego. W istocie, sąd stanowy wykorzystał swoje kompetencje oparte na zasadach słuszności dla realizacji ducha orzeczeń MTS, niezależnie od formalnego odmówienia im mocy wiążącej.

9. Podsumowanie

Powyższe orzeczenia i przytoczone poglądy nauki prawa wskazują, że pomiędzy sądami różnych jurysdykcji i systemów prawnych toczy się jednak dialog sądowy, w którym uczestniczą także sądy międzynarodowe – samo dostrzeżenie sposobu dokonania wykładni przez sąd innej jurysdykcji stanowi już zajęcie stanowiska i przyczynia się do rozwoju prawa międzynarodowego oraz prawa krajowego. Co za tym idzie, nie można spoglądać na dialog sądowy w sposób uproszczony, uznając, że odmowa zastosowania się do wykładni lub orzeczenia sądu międzynarodowego bądź podzielenia wykładni innego sądu krajowego, czy też własne, ponowne rozważenie argumentów podniesionych w postępowaniu prawa międzynarodowego w świetle okoliczności konkretnej sprawy jest koniecznym czymś nieprawidłowym czy wstecznym. Niepewność sądów krajowych co do konieczności zastosowania się do orzeczenia sądu międzynarodowego bądź ewentualnego jego wykonania w drodze własnego orzeczenia wynika także z tego, że krajowym sądom powszechnym brak pewności co do rzeczywistego miej-

¹⁰⁵ Zob. N. Petersen, *The Reception of International Law by Constitutional Courts through the Prism of Legitimacy*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2009, nr 39, s. 10.

¹⁰⁶ Zob. wyrok Karnego Sądu Apelacyjnego Stanu Oklahoma z 5 stycznia 2002 r. w sprawie *Geraldo Valdez przeciwko Stan Oklahoma* (46 P.3d 703), pkt 17.

¹⁰⁷ Sąd dodał, że „gdyby Sąd orzekający w niniejszej sprawie stwierdził, że orzeczenie MTS ma pierwszeństwo przed wiążącym rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i przyznaje jednostce środek ochrony sądowej w przypadku naruszenia Konwencji (...) doszłoby do pogwałcenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych” (*ibidem*, pkt 23).

¹⁰⁸ Jednakże, sąd stwierdził, że „mając na względzie upływ tak wielu lat od skazania i apelacji, jest bardzo trudno ocenić, jaki skutek mogła odnieść ewentualna pomoc konsularna, dokładne zbadanie przeszłości skazanego i udzielenie mu odpowiedniej pomocy prawnej przez obrońcę” – dlatego też konieczne jest powtórzenie procesu (*ibidem*, pkt 27).

sca orzeczenia sądu międzynarodowego w stosunku do orzecznictwa krajowego, w szczególności orzecznictwa krajowych sądów najwyższych. Najbardziej przekonujące jest w tym względzie stanowisko niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego wyrażone w sprawie *Görgülü*, w którym sąd konstytucyjny wskazuje na konieczność wyważenia wszystkich interesów stron i w istocie – osądzenia sprawy, nie zaś automatyzmu w uwzględnianiu dynamicznej wykładni dokonanej przez sąd międzynarodowy. Analogicznie za wzorcowe należy uznać postępowanie sądu stanowego Oklahoma w sprawie *Valdez*. Sądy krajowe mają bowiem bardzo ważną rolę do spełnienia – to na nich w ostatecznym rozrachunku spoczywać będzie przecież w przeważającej części ciężar prawidłowego zastosowania normy prawnej w porządku prawa krajowego. Jednocześnie muszą one rozstrzygać o tym, czy orzeczenie sądu międzynarodowego stanowi wystarczającą podstawę prawną czy może raczej argumentacyjną dla rozstrzygnięcia danego sporu w sprawie indywidualnej. Wreszcie, to na sądach krajowych spoczywa obowiązek kontroli legitymacji sądu międzynarodowego i ewentualnego stwierdzenia, że dane rozstrzygnięcie zostało wydane *ultra vires*, a więc jako przekraczające zakres związania państwa udzieloną zgodą nie może mieć mocy wiążącej w systemie prawa krajowego.

Waga dialogu sądowego dla sądu międzynarodowego polega natomiast na stworzeniu pewnego rodzaju systemu *checks and balances*, który powstrzyma sąd międzynarodowy przed wkroczeniem zbyt daleko w wewnętrzne sprawy danego państwa, co mogłoby zakończyć się zastosowaniem przez państwo uczestniczące w sporze bądź także przez inne państwa *sanction of denial*¹⁰⁹ – odmową wykonania wyroku sądu międzynarodowego – godzącym zarówno w autorytet tego sądu, jak i w dalszym biegu rzeczy – w system sprawiedliwości międzynarodowej¹¹⁰. Takie stanowisko w gruncie rzeczy odpowiada rzeczywistości politycznej.

Prawdopodobnie, rozstrzygnięcia MTS, w tym także rozstrzygnięcia w zakresie środków tymczasowych, z czasem zostaną zaakceptowane przez państwa kierujące się szacunkiem i zaufaniem do sądu jako niezawisłego organu rozstrzygania sporów. System rozstrzygania sporów na płaszczyźnie prawa międzynarodowego, oparty na zgodzie państw i pozbawiony scentralizowanego wymiaru sprawiedliwości zaopatrzonego w *ius puniendi*, musi czasem zaryzykować „burzę” czy nawet odmowę wykonania swojego orzeczenia. Tarcia pomiędzy jurysdykcjami są nieuniknione, ponieważ rozwój prawa międzynarodowego doprowadził do wykształcenia się wielu sądów międzynarodowych i innych instytucji prawa międzynarodowego wyposażonych w odrębne kompetencje. Recepcja rozstrzygnięć sądów międzynarodowych nie może być zatem dokonana w drodze ich automatycznej akceptacji. Nie jest także zasadne, aby państwa *a priori* odrzucały skutek bezpośredni orzeczeń sądów międzynarodowych w ich prawie krajowym. Zadanie postawione przed sądem krajowym jest zatem znacznie trudniejsze niż kiedyś – sędzia krajowy stosujący prawo międzynarodowe, w szczególności przepisy poddane już dynamicznej wykładni przez właściwy sąd międzynarodowy, musi wziąć

¹⁰⁹ Przykładem *sanction of denial* na mniejszą skalę była reakcja stanu Floryda na orzeczenia MTS w sprawach *LaGrand* i *Avena*. W 2005 r. doszło do zmiany przepisów karnych i ustanowienia zasady, że brak pomocy konsularnej nie będzie stanowił ani skutecznej obrony przed odpowiedzialnością karną, ani też nie może być podstawą zwolnienia pozbawionego wolności obywatela innego państwa.

¹¹⁰ Taka sytuacja miała miejsce w związku z wyrokiem MTS z 27 czerwca 1986 r. w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ Reports 1986

pod uwagę nie tylko tekst normy prawnej, ale także szeroko rozumiany konflikt pomiędzy wartościami, a nawet kontekst polityczny.

Reasumując, wartość dialogu sądowego polega na uczestnictwie wielu sądów różnych jurysdykcji i kultur prawnych, a w istocie – wielu sędziów w tych kulturach wykształconych i ukształtowanych przez naukę prawa danego państwa, którzy wspólnie odkrywają i interpretują normy prawa krajowego i prawa międzynarodowego. Dzięki temu dochodzi do ciągłego wzbogacenia się *acquis* światowego systemu prawnego, światowego *summa iuris*, umożliwiające łatwiejsze przystosowanie się prawa żywego do zmieniających się sytuacji społecznych i znalezienia odpowiedzi praktyki prawa na wiele wyzwań, na które reakcja prawodawcy krajowego i prawodawcy międzynarodowego (zakładając istnienie takiego zbiorowego, abstrakcyjnego podmiotu stanowiącego emanację kolektywnej woli państw biorących udział w prawnym obrocie międzynarodowym).

Ostateczną granicą recepcji orzecznictwa sądów międzynarodowych jest zatem jego akceptowalność w porządku prawa krajowego, w szczególności możliwość zaakceptowania przez sądy krajowe samego istnienia pozakrajowego i nieodpowiedzialnego politycznie przed suwerenem sądu krajowego ośrodka władzy i wykształcenie zaufania do tego ośrodka jako podmiotu, który szanuje prawa podstawowe w kształcie chociaż bardzo zbliżonym do kształtu nadanego wykładnią sądów konstytucyjnych danego państwa. N. Petersen właśnie w tym zaufaniu upatruje¹¹¹ drogi do zaakceptowania autorytetu orzecznictwa sądu międzynarodowego, słusznie zauważając jednak, że samo zaufanie nie wystarczy, podobnie jak nie wystarczą odpowiednie gwarancje formalne w postępowaniu przed sądem międzynarodowym, czy też choćby najbardziej rygorystyczne przestrzeganie zasady rządów prawa. Konieczne jest odpowiednie podejście osób odpowiedzialnych za politykę międzynarodową w danym państwie. A.-M. Slaughter idzie krok dalej w tym kierunku uznając, że wykonywanie prawa międzynarodowego w praktyce ma charakter czysto wewnętrzny – normy prawa międzynarodowego mogą być efektywnie wykonywane tylko wtedy, gdy są one „osadzone mocno w autonomicznych systemach prawa krajowego opartych na zasadzie rządów prawa” poprzez implementację przez prawodawcę krajowego oraz akceptację nie tylko przez orzekające sądy krajowe, lecz także przez strony sporu i reprezentujących je prawników¹¹².

¹¹¹ Zob. N. Petersen (przypis 105), s. 24.

¹¹² Zob. J. Goldstein, M. Kahler, R. O. Keohane, A.-M. Slaughter, *Introduction: Legalization and World Politics*, International Organization 2000, nr 54, s. 393.

Literatura

1. Barak A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton 2006
2. Benvenisti E., *Reclaiming Democracy: the Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, Tel Aviv University Law Faculty Papers 2008, nr 59, s. 2
3. Bork R. H., *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Aei Press 2003
4. Cerone J.P., *Dynamic Equilibrium: The Evolution of US Attitudes toward International Criminal Courts and Tribunals*, European Journal of International Law 2009, vol. 18, nr 2
5. Christou T. (red.), *European Cross Border Justice: A Case Study of the EAW*, St. Paul's Press 2010
6. Fedtke J., Markesinis B. i in., *Judicial Recourse to Foreign Law*, Routledge-Cavendish, Londyn 2006
7. Fix-Fierro H., Lopez-Aylo S., *The impact of globalization on the reform of the state and the law in Latin America*, Houston Journal of International Law 1997, wydanie wiosenne
8. Goldstein J., Kahler M., Keohane R. O., Slaughter A.-M., *Introduction: Legalization and World Politics*, International Organisation 2000, nr 54
9. Jupille J., Caporaso J.A., *Domesticating Discourses: European Law, English Judges, and Political Institutions*, European Political Science Review 2009, nr 1
10. Kahn Paul W., *American Hegemony and International Law*, Chicago Journal of International Law 2000, nr 1
11. Keohane R.O., Macedo S., Moravcsik A., *Democracy-Enhancing Multilateralism*, Institute for International Law and Justice Working Paper 2007, nr 4
12. Kirby M., *Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges*, Melbourne Journal of International Law 2008, nr 5
13. Kochan D.J., *Sovereignty and the American Courts at the Cocktail Party of International Law: The Dangers of Domestic Judicial Invocations of Foreign and International Law*, Fordham International Law Journal 2005, vol. 29, nr 3
14. Krisch N., *The Open Architecture of European Human Rights Law*, Modern Law Review 2008, nr 71
15. Littlepage K., *Transnational Judicial Dialogue and Evolving Jurisprudence in the Process of European Legal Integration*, referat wygłoszony na konferencji European Union Studies Association w Bostonie (3-5 maja 2011 r.), dostępne pod adresem http://www.euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf
16. Luebbe-Wolff G., *Who Has the Last Word? National and Transnational Courts, Conflicts and Cooperation*, Yearbook of International Law 2011, nr 30
17. Malone L.A., *From Breard to Atkins to Malvo: Legal Incompetency and Human Rights Norms on the Fringes of the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal 2004, nr 13
18. McCrudden C., *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies 2000, nr 20
19. Murphy L., *Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue*, Jean Monnet Working Paper 2012, nr 10, New York University School of Law, Nowy Jork 2012
20. Nollkaemper A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Nowy Jork 2011
21. O'Brien P., *The Protection of Human Rights is for All*, Georgia Law Advocate Magazine 2013, vol. 47
22. Petersen N. *The Reception of International Law by Constitutional Courts through the Prism of Legitimacy*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2009, nr 39

23. Roach K. *Must We Trade Rights For Security? The Choice Between Smart, Harsh, Or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain*, *Cardozo Law Review* 2006, nr 27
24. Sheik M. *From Breard to Medellín: Supreme Court Inaction or ICJ Activism in the Field of International Law*, *California Law Review* 2006, nr 94
25. Lord Slynn of Hadley, *2000-2005: Laying the Foundations of Human Rights Law in the United Kingdom*, *European Human Rights Law Review* 2005, nr 4
26. Tranel M., *The Ruling of the International Court of Justice in the Avena and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence*, *American University International Law Review* 2005, nr 2
27. Warren M., *Death, Dissent and Diplomacy: The U.S. Death Penalty as an Obstacle to Foreign Relations*, *William & Mary Bill of Rights Journal* 2004, nr 13
28. Waters M.A., *The Role of Transnational Judicial Dialogue in Shaping Transnational Speech: International Jurisdictional Conflicts in Hate Speech and Defamation Law*, (w:) Russell A. Miller, Rebecca M. Bratspies (red.) *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008

Orzecznictwo

1. Wyrok **ETPC** z 22 października 1981 r. w sprawie nr 7525/76, *Dudgeon v. UK*
2. Wyrok ETPC z 26 października 1988 r. w sprawie nr 10581/83, *Norris v. Ireland*
3. Wyrok ETPC z 22 kwietnia 1993 r. w sprawie nr 15070/89, *Modinos v. Cyprus*
4. Wyrok ETPC z 25 września 2001 r. w sprawie nr 00044787/98, *P.G. & J.H. v. UK*
5. Wyrok ETPC z 20 stycznia 2009 r. w sprawach nr 26766/05 i 22228/06, *Al-Khawaja & Tahery v. UK*
6. Wyrok **MTS** z w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, (Nicaragua v. United States of America), *ICJ Reports* 1986
7. Postanowienie MTS z 3 marca 1999 r. w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America) (Provisional Measures), *ICJ Reports* 1999
8. Wyrok MTS z 27 czerwca 2001 w sprawie *LaGrand* (Germany v. United States of America) (Merits), *ICJ Reports* 2001
9. Wyrok MTS z 14 lutego 2002 r. w sprawie *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium, *ICJ Reports* 2002
10. Wyrok MTS z 31 marca 2004 r. w sprawie *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), *ICJ Reports* 2004

Orzecznictwo sądów krajowych

(z pominięciem powołanych w tekście orzeczeń sądów niższej instancji)

1. Wyrok Sądu Najwyższego **Cypru** (Sądu Cywilnego Drugiej Instancji) z 21 stycznia 2005 r. w sprawie nr 12/2005, *David Scattergood przeciwko Prokurator Generalny Republiki*
2. Wyrok Sądu Najwyższego Cypru (Sądu Cywilnego Drugiej Instancji) z 7 listopada 2005 r. w sprawie nr 294/2005, *Prokurator Generalny Republiki przeciwko Costa Konstantinou*
3. Wyrok Sądu Najwyższego **Filipin** z 30 lipca 1993 r. w sprawie nr GR 101083 *Juan Antonio Oposa, Anna Rosario Oposa, Jose Alfonso Oposa i 42 innych przeciwko Ministrowi Środowiska i Bogactw Naturalnych i Prezesowi Sądu Okręgowego w Makati*
4. Wyrok Cour de Cassation (Sądu Najwyższego **Francji**) z 13 marca 2001 r. w sprawie nr 1414, *Muammar Kaddafi*
5. Wyrok Areopagu (Sądu Najwyższego **Grecji**) z 4 maja 2000 r. w sprawie nr 11/2000 *Prefektura Voiotia przeciwko Niemcom*

6. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego **Hiszpanii** z 22 października 2007 r. w sprawie nr 3449/2004, *Turson Dorprey*
7. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego **Hiszpanii** z 25 lutego 2008 r. w sprawie nr STC 034/2008, *Juan Manuel Falcon Ros*
8. Wyrok Sądu Najwyższego **Indii** z 27 stycznia 1999 r. w sprawie nr 1999 (2) SCC 718, *Andhra Pradesh Pollution Control Board przeciwko Prof. M. Nayudu*
9. Wyrok Sądu Najwyższego Indii z 2004 r. w sprawie nr (2004) 1 LRI 1, *People's Union for Civil Liberties przeciwko Indie*
10. Wyrok Sądu Najwyższego **Irlandii** z 22 maja 2007 r. w sprawie nr 2006 1904P, *Mary O'Donnell, Patrick O'Donnell i Bernard O'Donnell przeciwko South Dublin County Council*
11. Wyrok Sądu Najwyższego **Kanady** z 23 lutego 2007 r. w sprawie nr 2007 SCC 9 *Adil Charkaoui, Hassan Almrei i Mohamed Harkat przeciwko Kanadzie (Minister Obywatelstwa i Imigracji oraz Minister Bezpieczeństwa Publicznego i Stanów Wyjątkowych)*
12. Wyrok Sądu Najwyższego **Niemiec** z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr III ZR 245/98
13. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 14 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 2 BvR 1481/04, *Görgülü*
14. Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z 19 września 2006 r. w sprawie nr 2 BvR 2115/01
15. Wyrok Najwyższego Trybunału Administracyjnego **Portugalii** z 28 listopada 2007 r. w sprawie nr 0308/07, *A i B przeciwko Państwu Portugalskiemu*
16. Wyrok Sądu Konstytucyjnego **Federacji Rosyjskiej** z 27 lutego 2009 r. w sprawie nr 4-P, *Badanie konstytucyjności niektórych postanowień kodeksu postępowania cywilnego Federacji Rosyjskiej i ustawy federalnej nr 3185 z 02 lipca 1992 r. „O leczeniu psychiatrycznym i gwarancjach praw obywatelskich podczas leczenia psychiatrycznego”*
17. Wyrok Sądu Konstytucyjnego Federacji Rosyjskiej z 27 czerwca 2012 r. w sprawie nr 15-P, *Badanie konstytucyjności ustępów 1 i 2 art. 29, ust. 2 art. 31 oraz art. 32 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej w związku z apelacją Iriny Borisovny Delovej*
18. Wyrok Sądu Najwyższego **Stanów Zjednoczonych** z 2 lutego 1942 r. w sprawie nr 315 U.S. 203 (1942), *Stany Zjednoczone przeciwko Pink*
19. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 18 grudnia 1944 r. w sprawie nr 323 U.S. 214 (1944), *Korematsu przeciwko Stanom Zjednoczonym*
20. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 10 czerwca 1957 r. w sprawie nr 354 U.S. 1 (1957), *Reid przeciwko Covert*
21. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 4 marca 1985 r. w sprawie nr 470 U.S. 392 (1985), *Air France przeciwko Valerie Hermien Saks*
22. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 30 czerwca 1986 r. w sprawie nr 478 U.S. 186 (1986), *Bowers przeciwko Hardwick*
23. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 29 czerwca 1988 r. w sprawie nr 487 U.S. 815 (1988), *William Wayne Thompson przeciwko Stan Oklahoma*
24. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 15 czerwca 1992 r. w sprawie nr 504 U.S. 655 (1992), *Stany Zjednoczone przeciwko Humberto Alvarez-Machain*
25. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 16 stycznia 1996 r. w sprawie nr 516 U.S. 217 (1996), *Marjorie Zicherman et al. przeciwko Korean Air Lines Co., Ltd*
26. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 14 kwietnia 1998 r. w sprawach połączonych nr 523 U.S. 371 (1998), *Angel Francisco Breard przeciwko Naczelnik Zakładu Karnego Greene; Republika Paragwaju, ambasador Paragwaju w Stanach Zjednoczonych i konsul generalny Paragwaju w Stanach Zjednoczonych przeciwko Gubernator Stanu Wirginia James S. Gilmore; in re Angel Francisco Breard.*

27. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 3 marca 1999 r. w sprawie nr 526 U.S. 115 (1999), *Republika Federalna Niemiec et al. przeciwko Stany Zjednoczone et al.*
28. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 stycznia 1999 r. w sprawie nr 97-475, *El Al Israel Airlines Ltd. przeciwko Tsui Yuan Tseng*
29. Wyrok Karnego Sądu Apelacyjnego Stanu Oklahoma z 5 stycznia 2002 r. w sprawie *Geraldo Valdez przeciwko Stan Oklahoma*
30. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 12 czerwca 2002 r. w sprawie nr 536 U.S. 304, 321 (2002), *Atkins przeciwko Wirginia*
31. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 21 października 2002 r. w sprawie nr 537 U.S. 990 (2002), *Foster przeciwko Floryda*
32. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2003 r. w sprawie nr 539 U.S. 558 (2003), *John Geddes Lawrence i Tyron Gardner przeciwko Stan Teksas*
33. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 28 czerwca 2006 r. w sprawie nr 548 U.S. 331 (2006), *Sanchez-Llamas przeciwko Stan Oregon*
34. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 25 marca 2008 r. w sprawie nr 552 U.S. 491 (2008), *Jose Ernesto Medellin przeciwko Stan Teksas*
35. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 17 maja 2010 r. w sprawie nr 08-645. *Timothy Mark Cameron Abbott przeciwko Jacquelyn Vaye Abbott*
36. Wyrok Izby Lordów **Zjednoczonego Królestwa** z 12 grudnia 1996 r. w sprawie nr (1996) UKHL 5, *Sidhu przeciwko British Airways plc.*
37. Wyrok Izby Lordów z 24 marca 1999 r. w sprawie nr (1998) UKHL 41, *Regina przeciwko Bow St. Metro, Stipendiary Magistrate & Others, ex parte Pinochet Ugarte 3*
38. Wyrok Izby Lordów z 11 listopada 2001 r. w sprawie nr (2001) UKHL, *Sekretarz Stanu przeciwko Rehman*
39. Wyrok Izby Lordów z 14 czerwca 2006 r. w sprawie nr (2006) UKHL 26, *Jones przeciwko Ministerstwu Spraw Wewnętrznych Arabii Saudyjskiej*
40. Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 9 grudnia 2009 r. w sprawie nr [2009] UKSC 14, *R. przeciwko Horncastle et al.*
41. Wyrok Sądu Najwyższego Zjednoczonego Królestwa z 3 listopada 2010 r. w sprawie nr [2010] UKSC 45, *Manchester City Council przeciwko Pinnock*
42. Wyrok Trybunału Kasacyjnego **Włoch** (Corta Suprema di Cassazione) z 11 marca 2004 r. w sprawie nr 5044/04, *Ferrini przeciwko Niemcy*

Dialog TSUE z sądami międzynarodowymi o zakresie jego jurysdykcji w świetle art. 344 TFUE

Aneta Wilk

Spis treści

1. Wstęp (260)
2. Klauzula jurysdykcyjna w prawie UE – art. 344 TFUE (261)
3. Opinia 1/91 (262)
4. Sprawa *MOX Plant* (263)
5. Sprawa *Iron Rhine* (268)
6. Dwustronne umowy inwestycyjne (270)
7. Opinia 1/09 (275)
8. Podsumowanie (276)

1. Wstęp

Począwszy od wejścia w życie Traktatu z Lizbony Unia Europejska ma zdolność do zawierania umów międzynarodowych, jaką dotychczas posiadała jedynie Wspólnota Europejska. W związku ze zwiększaniem się kompetencji UE w dziedzinie relacji zagranicznych, poszerza się również zakres jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*dalej* TSUE). Połączenie tego ze znaczącą liczbą zawartych przez Unię (niekiedy wspólnie z państwami członkowskimi) umów międzynarodowych powoduje, iż TSUE musi konkurować z innymi międzynarodowymi organami rozstrzygania sporów. Zjawisko konkurencji jurysdykcji rodzi liczne dyskusje w doktrynie prawa. Można również zauważyć różne postawy poszczególnych sądów wobec tego fenomenu. Zasiadający w nich sędziowie muszą często w swoich rozstrzygnięciach podejmować rozważania na temat proliferacji sądów międzynarodowych i angażować się w dialog z innymi organami w celu ustalenia wzajemnych relacji i granic jurysdykcji, przekładających się na możliwość swobodnego orzekania w danej sprawie.

Konieczność taka dotyczy również TSUE. Konwencje międzynarodowe ustanawiają często własne systemy rozstrzygania sporów¹. Naturalną konsekwencją aktywności państwa członkowskiego lub UE na arenie międzynarodowej może być zatem poddanie pod osąd trybunału międzynarodowego, który badać może nie tylko naruszenie umowy międzynarodowej, ale

¹ Np. art. 8 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Cypru w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 4 czerwca 1994 r., Dz.U. z 1993 r., Nr 117, poz. 521).

i relewantność dla sprawy prawa Unii². Poza tym, zauważyć należy, że umowa międzynarodowa, do której przystępuje Unia, staje się częścią *acquis communautaire*. Jest to czynnik sprzyjający powstawaniu konfliktu jurysdykcji pomiędzy TSUE a sądami międzynarodowymi, ponieważ zgodnie ze stanowiskiem TSUE przyjęte przez UE zobowiązania międzynarodowe stają się integralną częścią porządku prawnego Unii. W konsekwencji zarówno TSUE, jak i inny sąd międzynarodowy może potencjalnie uznać się za właściwe forum do rozpoznania tej samej sprawy (a więc dotyczącej tego samego podmiotu, żądania i jego podstawy), co skutkować może istnieniem w obrocie prawnym dwóch lub więcej rozstrzygnięć jednego sporu. Dziedzinaми, w których kompetencja Unii i prawo międzynarodowe często nachodzą na siebie, są w szczególności prawa człowieka, prawo ochrony środowiska czy międzynarodowe stosunki handlowe.

2. Klauzula jurysdykcyjna w prawie UE – art. 344 TFUE

Art. 344 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (*dalej* TFUE)³ obliguje państwa członkowskie do niepoddawania sporów dotyczących wykładni lub stosowania prawa UE procedurom rozstrzygnięcia innym niż określone w Traktatach, ustanawiając tym samym wyłączność jurysdykcyjną TSUE. Wpisana ona była już w traktat założycielski Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej w art. 219 (art. 292 w wersji Traktatu z Amsterdamu). Twórcy Traktatu Rzymskiego postanowili bowiem zapobiec ewentualności decydowania o stosowaniu lub wykładni prawa wspólnotowego przez sąd inny niż TSUE (np. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości – *dalej* MTS). Wynikało to z przekonania, że pozawspólnotowe organy rozjemcze mogą nie znać specyfiki wspólnotowego porządku prawnego w stopniu wystarczającym, co prowadziłoby do niejednolitego stosowania prawa wspólnotowego⁴.

Konsekwencją art. 344 TFUE jest zakaz uciekania się przez państwa członkowskie do innych niż unijny systemów rozstrzygnięcia sporów, o ile w grę wchodziłoby stosowanie lub wykładnia Traktatów. Traktat nie daje jednak wprost odpowiedzi na pytanie, co należy rozumieć przez wyrażenie „poddanie sporu innej procedurze” - czy wyłącznie skierowanie konkretnego sporu w zaistniałej sytuacji faktycznej do innego niż TSUE sądu, czy również zawarcie umowy międzynarodowej, w której ustanawiane są zewnętrzne w stosunku do UE systemy sądowe. Kolejna wątpliwość, jaka rodzi się na gruncie art. 344 TFUE to, to czy zobowiązanie w nim zawarte dotyczy jedynie sporów, jakie zaistnieć mogą pomiędzy dwoma państwami członkowskimi, czy również z udziałem jednostki, która z norm unijnych wywodzić może swoje prawa, bądź z udziałem państwa spoza Unii. Odpowiedzi na te pytania udzielał nie tylko sam bezpośrednio zainteresowany – TSUE, ale również inne sądy międzynarodowe, zmuszone do interpretacji art. 344 TFUE z racji jego nieprecyzyjnej treści. W rezultacie, granice ju-

² Sytuacja taka ma miejsce np. w przypadku skarg wnoszonych przez obywateli państw członkowskich do ETPC, których przedmiotem jest naruszenie przez państwo Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (*dalej* EKPC), wynikające z członkostwa w UE i obowiązywania jej prawa w krajowym porządku prawnym.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, uwzględniająca zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony podpisanym w dniu 13 grudnia 2007 r., Dz. Urz. UE 2010, Nr C 83, s. 47.

⁴ Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, New York 2003, s. 180-181.

rydykcji TSUE, a tym samym swobodnego orzekania innych sądów międzynarodowych, różnią się w zależności od tego, kto podejmuje decyzję w sprawie posiadania jurysdykcji.

3. Opinia 1/91

Na rozumienie zakresu jurysdykcji przyznanego TSUE na mocy ówczesnego art. 219 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (*dalej* TWE) wskazuje opinia 1/91 w sprawie projektu porozumienia między Wspólnotą z jednej strony a państwami członkowskimi Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu z drugiej strony o Europejskim Obszarze Gospodarczym (*dalej* opinia 1/91)⁵. Projekt porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (*dalej* EOG) zakładał utworzenie wspólnego trybunału dla Wspólnoty Europejskiej oraz krajów EFTA⁶ jako jednej z instytucji EOG. W opinii 1/91 TSUE odrzucił ten projekt jako grożący naruszeniem autonomii WE. TSUE przypomniał po pierwsze, że Traktaty ustanowiły nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym, na rzecz którego państwa ograniczają w coraz szerszym zakresie swoje prawa suwerenne⁷. W przekonaniu Trybunału, analiza zgodności porozumienia EOG powinna zostać dokonana w kontekście weryfikacji zagrożeń dla autonomii tak ukształtowanego porządku prawnego⁸, przy czym kluczowym była wykładnia pojęcia „umawiającej się strony”, której Trybunał EOG musiałby dokonać w ramach swoich kompetencji. Zważywszy, że porozumienie to byłoby ze wspólnotowego punktu widzenia mieszaną umową międzynarodową, jako strona sporu rozumiana mogła być Wspólnota działająca samodzielnie, razem z państwem członkowskim, lub wyłącznie to państwo. Ustalenie podziału kompetencji wynikającego z prawa WE należałoby do zadań Trybunału EOG, który tym samym dokonywałby interpretacji prawa wspólnotowego⁹. Prowadziłoby to do zmiany alokacji kompetencji ustalonej Traktatami, a co za tym idzie, podważenia autonomii wspólnotowego porządku prawnego. Tę ekskluzywność jurysdykcji potwierdzało, w przekonaniu Trybunału, brzmienie art. 219 TWE, wyłączającego możliwość rozstrzygania sporów dotyczących interpretacji lub stosowania Traktatów metodami innymi niż w nich określone¹⁰.

Art. 219 TWE (zawierający klauzulę jurysdykcyjną zastrzegającą wyłączność TSUE) został powołany w opinii 1/91 celem wsparcia argumentacji zmierzającej do wyłączenia możliwości dokonywania wykładni prawa Wspólnoty przez inny sąd międzynarodowy. Główną podstawą decyzji była jednak potrzeba zachowania autonomicznego charakteru wspólnotowego porządku prawnego i jego podstawowych zasad, takich jak podział kompetencji pomiędzy WE a państwami członkowskimi. T. Lock upatruje w takim stanowisku TSUE wskazówkę, że jego wyłączność jurysdykcyjna sięga dużo dalej, niż wynika to wprost z brzmienia ówczesnego art. 219 TWE¹¹. Z opinii tej faktycznie wynika brak akceptacji Trybunału Sprawiedliwości nie tylko dla oddawania sporów pomiędzy państwami członkowskimi dotyczących interpretacji prawa

⁵ Opinia TSUE nr 1/91 z 14 grudnia 1991 r. w sprawie projektu porozumienia między Wspólnotą z jednej strony a państwami członkowskimi Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu z drugiej strony o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

⁶ European Free Trade Association (Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu).

⁷ *Ibidem*, pkt 21.

⁸ *Ibidem*, pkt 30.

⁹ *Ibidem*, pkt 34.

¹⁰ Opinia 1/91 (przypis 5), pkt 35.

¹¹ T. Lock, *The European Court of Justice: What are the limits of its exclusive jurisdiction?*, *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* 2009, vol. 16, nr 3, s. 293.

wspólnotowego zewnętrznym w stosunku do WE podmiotom, ale również dla dokonywania interpretacji tego prawa w jakimkolwiek sporze toczącym się przed innym sądem międzynarodowym. Konkludując, opinia 1/91 była pierwszym sygnałem ze strony TSUE, że klauzula jurysdykcyjna zawarta w art. 219 TWE (a obecnie w art. 344 TFUE), w połączeniu z ważną kompetencją, jaką jest ocena zgodności umowy międzynarodowej z prawem Unii, może być narzędziem służącym zapobieganiu zbiegowi jurysdykcji Trybunału i innych sądów międzynarodowych, ale i zminimalizowaniu ryzyka konfliktu orzecznictwa.

4. Sprawa *MOX Plant*

Sprawa *MOX Plant* ilustruje z kolei problemy, jakie mogą wynikać ze stosowania umowy międzynarodowej mieszanej, jaką jest Konwencja o Prawie Morza zawarta w Montego Bay w dniu 10 grudnia 1982 r., która ustanawia własny system rozstrzygania sporów (*dalej* KPM lub UNCLOS – akronim od nazwy Konwencji w języku angielskim).

Spór pomiędzy stronami, Irlandią i Zjednoczonym Królestwem, był rozpatrywany przez trzy sądy międzynarodowe: Trybunał *ad hoc* ustanowiony na podstawie KPM (*dalej* Trybunał Arbitrażowy UNCLOS)¹², Trybunał *ad hoc* ustanowiony na podstawie Konwencji o ochronie środowiska morskiego obszaru Północno-Wschodniego Atlantyku (*dalej odpowiednio* Konwencja OSPAR i Trybunał Arbitrażowy OSPAR)¹³ oraz Trybunał Sprawiedliwości UE. Przedmiotem zarzutów kierowanych przez Irlandię do Zjednoczonego Królestwa było naruszenie norm ochrony środowiska w związku z funkcjonowaniem zakładu MOX¹⁴.

W postępowaniu przed Trybunałem Arbitrażowym UNCLOS Irlandia zarzuciła Zjednoczonemu Królestwu m.in. niedokonanie oceny skutków dla środowiska morskiego prowadzenia działalności przez zakład MOX (tj. naruszenie art. 206 KPM). W skardze wskazano, że sąd arbitrażowy powinien w razie potrzeby uwzględnić brzmienie innych aktów międzynarodowych, w tym dwóch dyrektyw wspólnotowych.

W dniu 15 lipca 2001 r. Irlandia wniosła również skargę do Trybunału Arbitrażowego na podstawie art. 32 Konwencji OSPAR, zarzucając Zjednoczonemu Królestwu naruszenie art. 9 Konwencji, dotyczącego obowiązku udostępnienia informacji o stanie obszaru morskiego i działalności bądź środkach mogących na ten stan wpływać. Dodać należy, że treść art. 9 została ukształtowana w oparciu o dyrektywę unijną 90/313¹⁵.

¹² Trybunał został powołany *ad hoc* w oparciu o art. 287 KPM oraz art. 1 Aneksu VII do KPM, który wskazał Biuro Międzynarodowe Stałego Trybunału Arbitrażowego jako prowadzące rejestr dla sprawy.

¹³ Konwencja zawarta w Paryżu w dniu 22 września 1992 r., zob. np. Dz. U. UE nr L 1998/104/2. Nazwa OSPAR pochodzi od nazw miast Oslo i Paryż, gdzie zawarto dwie konwencje, których uczestnicy stali się następnie stronami ww. Konwencji.

¹⁴ Powyższe postępowania związane były z funkcjonowaniem na terytorium Zjednoczonego Królestwa zakładu wytwarzającego paliwo dla elektrowni jądrowych. W 1993 r. Zjednoczone Królestwo wyraziło zgodę na wybudowanie na wybrzeżu Morza Północnego zakładu MOX, który dokonywał recyklingu plutonu pochodzącego z paliwa nuklearnego, dając w konsekwencji paliwo o skróconej nazwie MOX (od ang. *mixed oxide fuel*). Zgodę na prowadzenie działalności w zakładzie wydano w 2001 r., po przeprowadzeniu analiz dotyczących ekonomicznego uzasadnienia dla istnienia zakładu.

¹⁵ S. Marsden, *MOX Plant and the Espoo Convention: Can Member State Disputes Concerning Mixed Environmental Agreements be Resolved Outside EC Law?*, Review of European Community and International Environmental Law 2009, vol. 18, nr 3, s. 314.

Pierwszy z sądów – Trybunał Arbitrażowy UNCLOS musiał odnieść się do zarzutów Zjednoczonego Królestwa, iż powstały spór podlega w całości jurysdykcji TSUE. W przekonaniu Trybunału, kwestie takie jak podział kompetencji wewnątrz Wspólnoty powinny zostać rozstrzygnięte w ramach tego systemu¹⁶. Trybunał Arbitrażowy UNCLOS wskazał: „W tych okolicznościach i mając na względzie wzajemny szacunek i uznanie (*mutual respect and comity*), które powinny przeważać w relacjach pomiędzy instytucjami sądowymi, z których obie mogą zostać powołane do ustalenia praw i obowiązków pomiędzy dwoma Państwami, Trybunał uznaje, że byłoby niewłaściwym dalsze procedowanie poprzez wysłuchanie stanowiska Stron co do *meritum* sporu bez podjęcia decyzji w zakresie wskazanych wyżej kwestii. Co więcej, postępowanie, które mogłoby skutkować istnieniem dwóch konfliktujących ze sobą decyzji w tej samej sprawie, nie byłoby przydatnym dla celów rozwiązania sporu pomiędzy Stronami”¹⁷. Ostatecznie, Trybunał Arbitrażowy UNCLOS zawiesił postępowanie wskazując na konieczność zweryfikowania w pierwszej kolejności przez organy WE, czy TSUE posiada jurysdykcję do rozpoznania zaistniałego sporu pomiędzy Irlandią i Zjednoczonym Królestwem. Irlandia cofnęła zaś skargę wniesioną do Trybunału Arbitrażowego, na skutek czego umorzono postępowanie w dniu 6 czerwca 2008 r.¹⁸.

Podkreślić dodatkowo należy, że Trybunał miał możliwość sądenia nie tylko za naruszenie Konwencji o Prawie Morza, ale również i prawa Unii. Zgodnie bowiem z art. 293 ust. 1 KPM „Sąd lub trybunał arbitrażowy właściwy zgodnie z niniejszym rozdziałem stosuje niniejszą konwencję i inne normy prawa międzynarodowego, które nie są sprzeczne z niniejszą konwencją.”. Tym bardziej rezygnacja z wykonania wyraźnie przyznanych kompetencji przez Trybunał Arbitrażowy powinna być oceniona jako kurtuzja sądowa w wymiarze dotychczas niespotykanym w prawie międzynarodowym.

Trybunał OSPAR z kolei, który w 2003 r. wydał wyrok końcowy w sprawie¹⁹, zajął zupełnie różne od Trybunału Arbitrażowego stanowisko wobec zarzutów Zjednoczonego Królestwa o braku jego jurysdykcji. Po pierwsze, niewątpliwie skorzystał z prawa do samodzielnego decydowania o swojej kompetencji w sprawie. Po drugie, pomimo brzmienia art. 32 ust. 6 pkt a Konwencji OSPAR, który stanowi o rozpoznawaniu sporów zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego, w tym w szczególności z Konwencją, Trybunał odmówił uwzględnienia innych niż Konwencja źródeł prawa, twierdząc, że stanowi ona samowystarczalny reżim prawny dla zaistniałych sporów²⁰. Trybunał uznał brak swojej kompetencji do stosowania powołanej przez Irlandię dyrektywy wspólnotowej 90/313 i Konwencji o dostępie do informacji²¹. Nie wziął również pod uwagę ich brzmienia i interpretacji w prawie wspólnotowym w trakcie

¹⁶ Postanowienie Trybunału Arbitrażowego KPM nr 3 z 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (The MOX Plant Case) – suspension of proceedings on jurisdiction and merits and request for further provisional measures*, pkt 24.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 28.

¹⁸ Postanowienie Trybunału Arbitrażowego KPM nr 6 z 6 czerwca 2008 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (The MOX Plant Case) – Termination of Proceedings*.

¹⁹ Wyrok końcowy Trybunału OSPAR z 2 lipca 2003 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (MOX Plant)*, sprawa zarejestrowana w Międzynarodowym Biurze Stałego Trybunału Arbitrażowego.

²⁰ *Ibidem*, pkt 43.

²¹ Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, sporządzona w Aarhus dnia 25 czerwca 1998 r., Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 706 (*dalej* Konwencja z Aarhus).

wykładni zakresu obowiązków, jakie nałożone są na strony Konwencji przez art. 9. W wyniku dokonanej analizy Trybunał stwierdził brak naruszenia przez Zjednoczone Królestwo wynikającego z Konwencji OSPAR obowiązku ujawnienia Irlandii określonych informacji.

Jak wskazuje się w doktrynie, wąska definicja obowiązku informacyjnego przyjęta przez Trybunał OSPAR jest trudna do pogodzenia ze standardami w tej materii ustanowionymi m.in. przez dyrektywę wspólnotową 90/313 oraz Konwencję z Aarhus (i rozwiniętymi przez orzecznictwo TSUE²²), których zastosowania Trybunał Arbitrażowy odmówił²³. Istnieje zatem duże prawdopodobieństwo, że te same zarzuty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu wynikające z tych samych okoliczności faktycznych, ale rozpoznawane przez Trybunał Sprawiedliwości zakończyłaby się odmiennym rezultatem (tj. stwierdzeniem naruszenia przez Zjednoczone Królestwo norm środowiskowych ustanowionych w prawie UE). Broniąc stanowiska Trybunału OSPAR można by uznać, że wybrał on jedyne rozsądne rozwiązanie – wykonał swoje zadanie, do którego został powołany (tj. orzekanie o naruszeniu Konwencji) bez naruszenia analogicznych kompetencji powierzonych innemu organowi, w tym przypadku TSUE, któremu pozostawił pytanie o naruszenie prawa unijnego. Z drugiej jednak strony, kolejny spór pomiędzy tymi samymi stronami, oparty na tych samych okolicznościach faktycznych i zawierający to samo roszczenie w przypadku systemów praw człowieka zostałby potraktowany jako rzecz osądzona, co wynika z faktu, że ochrona poszczególnych praw człowieka jest w znacznym zakresie spójna dla różnych systemów. W przypadku zobowiązań innego rodzaju natomiast, różne systemy mogą je kształtować w sposób zupełnie odmienny. Dlatego właśnie autorka ma do wyroku Trybunału OSPAR stosunek ambiwalentny. Z jednej strony, jego postawa sprzyja rozwojowi negatywnego zjawiska dzielenia skarg (*claim splitting*), z drugiej zaś, wzmocnił on swój autorytet poprzez wykonanie powierzonej mu jurysdykcji, przy jednoczesnym poszanowaniu wyłączności jurysdykcyjnej TSUE do dokonywania interpretacji prawa Unii. Omawiana sprawa obrazuje, że w przypadku stanów faktycznych, co do których oceny z zawartymi umowami międzynarodowymi mogą być kompetentne dwa lub więcej trybunały, trudno jest znaleźć rozwiązanie czy metodę rozwiązywania konfliktów, której zastosowanie nie budziłoby wątpliwości.

Trzecie z postępowań w sprawie *MOX Plant* toczyło się na forum unijnym. 15 października 2003 r. Komisja Europejska wszczęła przeciwko Irlandii postępowanie w przedmiocie uchybieniem zobowiązania państwa członkowskiego²⁴, zarzucając jej m.in. naruszenie wyłącznej kompetencji TSUE ustanowionej ówczesnym art. 292 TWE poprzez poddanie sporu dotyczącego stosowania i interpretacji prawa wspólnotowego (tj. Konwencji o Prawie Morza oraz dyrektyw wspólnotowych) innemu niż TSUE organowi sądowemu. Komisja utrzymywała, że postanowienia KPM, na które powoływała się Irlandia przed sądem arbitrażowym, wchodzą w zakres kompetencji Wspólnoty, skorzystała ona bowiem z kompetencji wspólnej w dziedzinie ochrony środowiska, chociażby poprzez przystąpienie do KPM, co TSUE potwierdził²⁵. W istocie, Trybunał dokonał weryfikacji zakresu posiadanej jurysdykcji odwołując się

²² Zob. wyrok TSUE z 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-316/01 *E. Glawischnig przeciwko Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen*.

²³ N. Lavranos, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals*, *European Environmental Law Review* 2005, vol. 14, nr 8 i 9, s. 223.

²⁴ Wyrok TSUE z 30 maja 2006 r. w sprawie C-459/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*.

²⁵ *Ibidem*, pkt. 110-121.

do swojego orzecznictwa dotyczącego jurysdykcji w przypadku postępowań prejudycjalnych (art. 267 lit. a TFUE wskazuje bowiem na właściwość TSUE do orzekania w tym trybie o wykładni Traktatów). TSUE wskazał również, że monopol jurysdykcyjny wynikający z art. 292 TWE jest zgodny z literą art. 282 KPM, który daje możliwość przekazania sporu (na mocy uzgodnienia w formie powszechnej, regionalnej bądź dwustronnej umowy) dotyczącego interpretacji bądź stosowania Konwencji do załatwienia według procedury, w której zapada wiążąca decyzja²⁶. Trybunał przypomniał przy tej okazji stanowisko zajęte w opinii 1/91, że umowa międzynarodowa nie może naruszać struktury kompetencyjnej określonej w Traktatach²⁷. W konsekwencji TSUE potwierdził swoją wyłączną jurysdykcję w sprawie wskazując, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 292 TWE. Po pierwsze, stronami sporu są dwa państwa członkowskie WE – Irlandia i Zjednoczone Królestwo. Po drugie, spór dotyczył wykładni i stosowania prawa wspólnotowego (zarówno jeśli mowa o Konwencji o Prawie Morza, jak i powoływanych przez Irlandię dyrektywach) i, kolejno, Traktat przewiduje w art. 227 stosowny mechanizm dla jego rozstrzygnięcia²⁸.

W odniesieniu do zarzutu poddania norm dyrektyw interpretacji i stosowaniu przez Trybunał Arbitrażowy TSUE zauważył, że działania Irlandii zrodziły „oczywiste niebezpieczeństwo naruszenia struktury kompetencyjnej określonej w Traktatach, a w związku z tym niezależności wspólnotowego porządku prawnego”, co stanowi naruszenie art. 292 TWE²⁹. Trybunał Sprawiedliwości wskazał również, że uregulowane w tym artykule zobowiązanie państw członkowskich do odwołania się do sądownictwa wspólnotowego jest szczególnym wyrazem ich zobowiązania do lojalności, ujętego w sposób generalny w art. 10 TWE, które zostało przez Irlandię zlekceważone poprzez brak konsultacji z instytucjami wspólnotowymi i nie poinformowanie ich o chęci wszczęcia postępowania arbitrażowego dotyczącego zakładów MOX³⁰.

Podsumowując, wynik postępowań w sprawie naruszeń spowodowanych funkcjonowaniem zakładu MOX kształtuje się zatem w następujący sposób. Trybunał OSPAR dokonał osądu postępowania Zjednoczonego Królestwa jedynie w kontekście jej obowiązków wynikających z Konwencji OSPAR, bez odwołania się do norm prawa wspólnotowego czy Konwencji z Aarhus, nakładających na państwa dalej idące zobowiązania, co pomogłoby w zapewnieniu zgodności pomiędzy tymi systemami prawa³¹. W konsekwencji, Trybunał nie dokonywał analizy wyłączności jurysdykcji TSUE w zakresie interpretacji i stosowania prawa wspólnotowego.

Trybunał Arbitrażowy UNCLOS zauważył natomiast możliwość wystąpienia konfliktów jurysdykcji pomiędzy nim a TSUE. Dając temu drugiemu szansę zdefiniowania granic jego kompetencji, Trybunał Arbitrażowy UNCLOS przyczynił się do zachowania jednolitej i spójnej wykładni prawa wspólnotowego, powstrzymując się od wykonania własnej jurysdykcji. Zastrzeżenia może budzić jednak fakt, że w konsekwencji zastosowania kurtuazji sądowej („*comity*”) Irlandia nie doczekała się wymiaru sprawiedliwości za uwalnianie toksycznych od-

²⁶ *Ibidem*, pkt. 124-125.

²⁷ *Ibidem*, pkt 123.

²⁸ *Ibidem*, pkt. 125-131.

²⁹ *Ibidem*, pkt. 146-157.

³⁰ *Ibidem*, pkt. 172-181.

³¹ Y. Shany, *The first MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures*, Leiden Journal of International Law 2004, vol. 17, nr 4, s. 816, 821.

padów do Morza Północnego przez żaden z dwóch Trybunałów. Zdaniem J. Gao, polityczna poprawność została w ten sposób przyćmiona nieefektywnością postępowania sądowego³². Z tym poglądem nie można się zgodzić o tyle, że przecież żadna ze stron sporu nie została pozbawiona możliwości wniesienia postępowania przeciwko drugiemu do TSUE na podstawie art. 259 TFUE.

Co się zaś tyczy unijnego systemu sądowego, do wszczęcia postępowania naruszeniowego przez Komisję przeciwko Irlandii z dużym prawdopodobieństwem przyczyniło się wydanie wyroku *ad meritum* przez Trybunał OSPAR. Decyzja o wszczęciu postępowania przeciwko Irlandii jest przykładem „bitwy o jurysdykcję”³³, jakie zdarzać się mogą w związku z wystąpieniem zbiegów jurysdykcji sądów międzynarodowych. Jak okazało się w 2008 r., działanie Komisji było o tyle skuteczne, że Irlandia, nie uzyskawszy merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie, wycofała skargę złożoną na mocy KPM, uciekając się prawdopodobnie do dyplomatycznych metod zażegnania konfliktu.

Jak pokazuje dotychczasowe orzecznictwo europejskie, mieszane umowy międzynarodowe ustanawiające własny system rozstrzygania sporów są objęte dużym zainteresowaniem Trybunału, ponieważ ich zastosowanie prowadzić może do niejednolitej wykładni prawa Unii. Dopiero jednak sprawa *MOX Plant* dała Trybunałowi sposobność zastrzeżenia dla siebie wyłącznego prawa do decydowania o tym, które normy umowy wchodzą w zakres kompetencji WE/UE. Z wyroku w sprawie zakładu MOX wynika, że państwa członkowskie, chcąc wnieść skargę do międzynarodowego sądu dotyczącą mieszanej umowy międzynarodowej, będą musiały w pierwszej kolejności zwrócić się do TSUE (poprzez wniesienie skargi na inne państwo) by ten, korzystając ze swojej *compétence de la compétence* mógł zweryfikować, czy normy, których ma dotyczyć ewentualne postępowanie nie wchodzą w zakres prawa Unii, a tym samym czy powierzenie sporu innemu trybunałowi nie naruszy monopolu jurysdykcyjnego TSUE. Dopiero uzyskanie negatywnej odpowiedzi jest zielonym światłem dla państw członkowskich do korzystania z zewnętrznych systemów rozstrzygania sporów, bez narażenia się na negatywne konsekwencje w postaci wszczęcia przeciwko nim postępowania z art. 258 TFUE. Trybunał Sprawiedliwości uzależnił w ten sposób wykonanie jurysdykcji przez inne sądy międzynarodowe od jego wcześniejszej zgody. Postępowanie w sprawie *MOX Plant* jest wyrazem chęci wykorzystania narzędzia, jakie Trybunałowi daje prawo międzynarodowe, w postaci kompetencji do określenia własnej kompetencji, w sposób pozwalający na maksymalną izolację porządku prawnego Unii, kosztem zapobieżenia korzystania z podobnego przywileju przez inne sądy, zanim sprawa trafi na ich kanwę.

Omawiana sprawa pokazuje wyraźnie, że Trybunał stoi na straży kompetencji, które przekazano mu na mocy art. 344 TFUE, wymagając, by zachowywano dla niego spory dotyczące norm będących elementem prawa Unii. Ma to zapewne na celu ochronę integralności systemu, zwanego przez niektórych samowystarczalnym. Stanowisko TSUE nie powoduje przeniesienia jurysdykcji z jednego sądu międzynarodowego na inny – Trybunał unijny otrzymał ją poprzez Traktaty, podobnie jak inne sądy posiadają ją na mocy konstytuujących je umów międzynarodowych. Stanowisko TSUE powoduje raczej zniechęcenie państw członkowskich do wykorzystywania faktu występowania zbiegu jurysdykcji z innym sądem.

³² J. Gao, *Comments on Commission of the European Communities v. Ireland*, Chinese Journal of International Law 2008, vol. 7, nr 2, s. 427.

³³ Y. Shany (przypis 31), s. 825.

5. Sprawa *Iron Rhine*

Stosunek sądów i trybunałów międzynarodowych do zawartej w art. 344 TFUE klauzuli jurysdykcyjnej znakomicie obrazuje kontrowersyjne stanowisko Trybunału Arbitrażowego w sprawie kolei reńskiej (*dalej Iron Rhine*)³⁴. Linia kolejowa Iron Rhine biegła z Antwerpii w Belgii przez Holandię do dorzecza Renu w Niemczech. Na mocy dwóch traktatów międzynarodowych - Traktatu w sprawie Podziału Odnośnych Terytoriów z 1839 r. oraz Konwencji Kolejowej z 1897 r. Belgia uzyskała prawo tranzytu przez Holandię i korzystała z niego aż do dnia 31 maja 1991 r., kiedy to zaprzestano użytkowania spornej linii kolejowej. Teren, przez który przebiegała, Holandia objęła w międzyczasie szczególną ochroną ze względu na jego walory przyrodnicze. Z tego względu, ponowna rewitalizacja połączenia kolejowego, o którą zabiegali oba państwa, wiązałaby się z dodatkowym kosztem ok. 500 mln Euro, wynikającym z konieczności wypełnienia odpowiednich standardów ochrony środowiska. Ponieważ Belgia i Holandia nie doszły do porozumienia co do kwestii, w jakich proporcjach dodatkowe koszty budowy powinny być między nimi rozdzielone, państwa te postanowiły oddać sprawę do rozstrzygnięcia Trybunałowi Arbitrażowemu.

Zgodnie z porozumieniem zawartym pomiędzy stronami, Trybunał Arbitrażowy stosować miał prawo międzynarodowe, włączając w to w razie konieczności prawo europejskie, respektując jednocześnie zobowiązanie państw wynikające z ówczesnego art. 292 TWE³⁵. Dodatkowo, obie strony złożyły oświadczenie, że istotą sporu są zobowiązania wynikające z Traktatu z 1839 r. Jeżeli koniecznym byłoby stosowanie lub interpretacja prawa WE, podejmą one wszelkie niezbędne środki aby zadośćuczynić obowiązkom z art. 292 TWE.

W toku postępowania Belgia argumentowała, że choć obie strony czynią odwołania do prawa Unii, nie jest to wystarczającym powodem do stwierdzenia wystąpienia wyłącznej jurysdykcji TSUE zagwarantowanej przez art. 292 TWE. Podkreślano przy tym, że w przeciwieństwie do sprawy *MOX Plant*, Holandia nie zgłaszała zastrzeżeń do powołania się przez Belgię na prawo wspólnotowe. Przedmiotem postępowania nie był, w przekonaniu Belgii, problem stosowania tego prawa – sprowadzało się on do ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za poniesienie kosztów inwestycji, co wykracza poza kompetencje Wspólnoty³⁶.

Trybunał Arbitrażowy uznał, iż znajduje się on w położeniu analogicznym do sądów krajowych państw członkowskich³⁷. Gdyby zatem nie mógł podjąć merytorycznego rozstrzygnięcia sporu bez dokonania uprzednio interpretacji prawa wspólnotowego będącego *acte clair* bądź *acte éclairé*, art. 292 TWE znalazłby zastosowanie, skutkując skierowaniem przez Trybunał Arbitrażowy zapytania do TSUE. Trybunał dokonał analizy, czy spełnione zostały warunki zastosowania doktryny CILFIT³⁸, dotyczącej obowiązku sądów krajowych występowania z zapytaniem prejudycjalnym, przy czym poprzestał na warunku niezbędności zastosowania

³⁴ Wyrok Stałego Trybunału Arbitrażowego z 24 maja 2005 r. w sprawie *Belgium v. The Netherlands (Ijzeren Rijn, Iron Rhine)*, pkt 13.

³⁵ Arbitration Agreement z 22 lipca 2003 r., s. 2.

³⁶ Wyrok w sprawie *Iron Rhine* (przypis 34), pkt 14.

³⁷ *Ibidem*, pkt 103.

³⁸ Wyrok TSUE z 6 października 1982 r. w sprawie C-283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità*.

prawa wspólnotowego do rozstrzygnięcia sporu³⁹. Uznał, iż z okoliczności postępowania nie wynika, aby strony popadły w konflikt dotyczący wykładni bądź stosowania prawa europejskiego, a zatem nie powstał „spór” w rozumieniu art. 292 TWE. Prawo wspólnotowe nie jest niezbędne dla wypełnienia przez Trybunał jego zadań, ponieważ prawo holenderskie było wystarczające, a więc nie powstał dla stron obowiązek wynikający z art. 292 TWE⁴⁰.

Postępowanie w sprawie *Iron Rhine* jest znakomitym przykładem niezrozumienia porządku prawnego Unii. Trybunał Arbitrażowy uznał, że jego pozycja jest porównywalna do sytuacji sądu krajowego, który może, lecz zwykle nie musi kierować pytania do TSUE dotyczącego interpretacji prawa UE. Rozumowaniu Trybunału Arbitrażowego zarzucić można następujące błędy. Pierwszym, z którego wynikły kolejne nieprawidłowości, jest to, że ocenę istnienia zbiegu jurysdykcji z TSUE powinien on dokonać w świetle brzmienia art. 344 TFUE (jako podstawy istnienia jurysdykcji konkurującej), a nie normy traktatowej regulującej kwestię pytań do Trybunału Sprawiedliwości. Sąd krajowy, który z takim pytaniem mógłby wystąpić, nie jest bowiem właściwy do rozstrzygnięcia sporu pomiędzy państwami członkowskimi dotyczącego prawa Unii. Ta kompetencja pozostaje, zgodnie z art. 259 TFUE, przy Trybunale Sprawiedliwości. Dlatego też sąd krajowy nie znajdzie się nigdy w sytuacji, w której miałby on weryfikować konieczność wystąpienia do TSUE z zapytaniem o interpretację bądź stosowanie prawa UE w postępowaniu pomiędzy państwami członkowskimi. Na marginesie zauważyć należy, że Trybunał Arbitrażowy wypaczył procedurę pytania prejudycjalnego, uznając swoją pozycję za analogiczną do sądu krajowego, gdyż orzecznictwo TSUE wyraźnie wskazuje, że sąd arbitrażowy nie posiada legitymacji do skierowania pytania w tym trybie⁴¹. Jak wynika z powyższego, Trybunał Arbitrażowy rozpoznający sprawę kolei reńskich nie jest, wbrew jego osądowi, sądem państwa członkowskiego w rozumieniu art. 267 TFUE i nie znalazł się w analogicznej do niego sytuacji. Sądy krajowe są bowiem elementem unijnego porządku prawnego i mają obowiązek stosowania prawa europejskiego, w odróżnieniu od sądów międzynarodowych, które pozostają poza tym systemem, a ich możliwość stosowania norm UE jest wyłączona mocą 344 TFUE⁴².

Rezultatem wyводу Trybunału Arbitrażowego w sprawie *Iron Rhine* była konkluzja, iż nie zachodzi konieczność zwrócenia się do TSUE z wnioskiem o wykładnię prawa UE w zakresie spełnienia hipotezy normy art. 344 TFUE. Treść przewidzianej w Traktacie klauzuli jurysdykcyjnej nie zawiera natomiast żadnych wyjątków od zakazu nałożonego na państwa członkowskie oddawania sporów pomiędzy nimi zewnętrznemu sądowi. Gdyby twórcy Traktatów takie wyjątki przewidzieli, zostałyby one w tych aktach ujęte, tak jak ma to miejsce w przypadku pytań prejudycjalnych. Jak słusznie wskazuje T. Lock, bezwarunkowość i kategoryczność obowiązku państw członkowskich jest w zgodzie z celem art. 344 TFUE, którym jest zapewnienie jednolitej, spójnej interpretacji prawa Unii⁴³. Uznać zatem należy, że przej-

³⁹ Wyrok w sprawie *Iron Rhine* (przypis 34), pkt 119.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 120.

⁴¹ Np. wyrok TSUE z 27 stycznia 2005 r. w sprawie C-125/04 *G. Denuit, B. Cordenier przeciwko Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*.

⁴² T. Thienel, *The Exclusive Jurisdiction of the European Court of Justice and Its Effect on Other International Courts and Tribunals*, (w:) B. Krzan (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 210.

⁴³ T. Lock (przypis 11), s. 302.

rzystość i oczywistość treści norm prawa Unii nie wyłącza monopolu jurysdykcyjnego TSUE ustanowionego w art. 344 TFUE.

6. Dwustronne umowy inwestycyjne

Interesujących wniosków na temat funkcjonowania w praktyce art. 344 TFUE i jego skuteczności dostarcza orzecznictwo sądów arbitrażowych działających na podstawie dwustronnych umów inwestycyjnych (*Bilateral Investment Treaty – dalej BIT*). Są to umowy międzynarodowe, zawierane pomiędzy dwoma państwami i regulowane prawem międzynarodowym. W ich rezultacie podmioty pochodzące z państw-stron uzyskują zabezpieczenie swoich inwestycji, gwarancje niedyskryminacyjnego ich traktowania w stosunku do inwestorów miejscowych, swobodę przepływu kapitału czy możliwość uzyskania odszkodowania na wypadek wywłaszczenia⁴⁴. Dodatkowo, BIT umożliwiają inwestorom oddanie sporu dotyczącego niewywiązywania się państwa z umowy pod arbitraż międzynarodowy, w zależności od treści umowy prowadzony np. przez Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID), Komisję Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), Międzynarodową Izbę Handlową (ICC) czy Stały Trybunał Arbitrażowy, bądź też pod osąd sądów krajowych jednego z państw stron. Spory te mogą toczyć się również pomiędzy państwami. Spory z umów dwustronnych mogą być rozstrzygane zarówno na podstawie prawa krajowego, międzynarodowego jak i obu tych porządków⁴⁵. Sądy te nie są z reguły związane orzecznictwem innych trybunałów, jak chociażby TSUE. Działają one całkowicie niezależnie, wydając rozstrzygnięcia zgodnie ze swoimi normami proceduralnymi i postanowieniami umowy inwestycyjnej⁴⁶. Niemniej jednak, rozpoznając spory trybunały arbitrażowe są zwykle zobligowane do uwzględniania całości okoliczności sporu, w tym często norm prawa Unii.

Cele prawa UE oraz BIT są z reguły zbieżne. Oba te zbiory norm prawnych zmierzają do zapewnienia poczucia stabilności sytuacji prawnej i likwidacji barier dla biznesu, czy eliminują ograniczenia w przepływie kapitału i płatności⁴⁷. Zarówno prawo Unii, jak i dwustronne umowy inwestycyjne zmierzają do zapewnienia niedyskryminacji przedsiębiorców spoza państwa, w którym prowadzona jest inwestycja. Oba te systemy prawne istnieją jednak równolegle i niezależnie, jeden funkcjonujący w oparciu o prawo Unii Europejskiej, drugi w oparciu o klasyczne prawo międzynarodowe publiczne.

Problem obowiązywania i skuteczności BIT między państwami członkowskimi UE zyskał na znaczeniu szczególnie po 1 maja 2004 r. w związku z przystąpieniem dziesięciu nowych państw do UE, które były często stronami BIT z dotychczasowymi członkami Unii.

Z punktu widzenia zagrożeń płynących z BIT dla jurysdykcji TSUE najważniejszym ich aspektem jest możliwość interpretowania przez trybunał arbitrażowy norm BIT często zbież-

⁴⁴ N. Lavranos, *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2010, nr 9, s. 413.

⁴⁵ S. Franck, *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions*, *Fordham Law Review* 2005, vol. 73, nr 4, s. 1558 i nast.

⁴⁶ N. Lavranos, *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law*, *ESIL Conference 2010*, 27 września 2010 r., s. 6, <http://ssrn.com/abstract=1683348> / dostęp 21.11.2012 r.

⁴⁷ Np. art. 5 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Konfederacją Szwajcarską o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, podpisanej w Bernie 8 listopada 1989 r., Dz. U. z 1990 r., Nr 63, poz. 366.

nych z prawem UE, dokonywanie tym samym *de facto* wykładni samego prawa Unii. Po drugie, istnieje realne zagrożenie, że prawa przyznane jednostkom przez umowę dwustronną różniłyby się od tych zagwarantowanych prawem UE, np. w zakresie swobody przepływu kapitału. W takiej sytuacji trybunał arbitrażowy, uwzględniając całość okoliczności i relacji pomiędzy stronami sporu zgodnie z art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (*dalej* KWPT)⁴⁸ mógłby dokonać interpretacji postanowień unijnych lub interpretacji BIT w świetle prawa UE. Ustęp pierwszy tej normy nakazuje uwzględniać przy ustalaniu zwykłego znaczenia Traktatu również jego kontekst. Poza tym, art. 31 ust. 3c KWPT wymaga brania pod uwagę wszelkich odpowiednich norm prawa międzynarodowego, mających zastosowanie w stosunkach między stronami. Dodatkowo, wiele dwustronnych umów inwestycyjnych wskazuje wprost, iż normy BIT powinny być interpretowane w świetle innych prawnie relevantnych umów zawartych pomiędzy państwami oraz zasad prawa międzynarodowego⁴⁹. A zatem, państwo członkowskie będące stroną pozwaną w sporze może podnosić w postępowaniu arbitrażowym argumenty prawne oparte na relacji pomiędzy prawem Unii i BIT, wymuszając tym samym na trybunale rozpoznającym spór interpretację prawa Unii.

Sytuacja ta stałaby w sprzeczności z art. 344 TFUE, który zobowiązuje państwa członkowskie do niepoddawania sporów dotyczących wykładni lub stosowania prawa UE procedurze rozstrzygania innej niż przewidziana przez Traktaty oraz z art. 267 TFUE, przyznającym TSUE kompetencję wyłączną w zakresie interpretacji Traktatów. Rozpoznawanie sporu dotyczącego prawa europejskiego przez trybunał arbitrażowy, niezwiązany w żaden sposób orzecznictwem TSUE, stwarza zagrożenie dla jednolitej wykładni tego prawa, której utrzymanie jest jednym z głównych celów Trybunału Sprawiedliwości.

Adresatem normy z art. 344 TFUE nie są podmioty prywatne – inwestorzy, wszczynający na gruncie BIT postępowanie arbitrażowe. Zakazuje ona uciekania się do procedur innych niż przewidziane w Traktatach, podczas gdy system prawa Unii nie przewiduje procedury rozstrzygania przez TSUE sporu pomiędzy jednostką a państwem⁵⁰. A zatem zdaniem Ch. Söderlunda, zawarte pomiędzy państwami członkowskimi umowy inwestycyjne nie tworzyły negatywnej z punktu widzenia problematyki wielości postępowań sytuacji zbiegu jurysdykcji pomiędzy TSUE a trybunałami arbitrażowymi, ustanawianymi na mocy umów dwustronnych⁵¹. Odnosząc się do tego twierdzenia zauważyć należy, że niewątpliwie prawo UE nie daje możliwości wniesienia przez jednostkę skargi do TSUE na naruszenie przez państwo jego zobowiązania traktatowego, gdyż zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, roszczeń opartych na prawie UE dochodzi się przed sądami krajowymi. Ewentualność istnienia w obrocie

⁴⁸ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., (Dz. U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439, załącznik).

⁴⁹ Np. art. 12 ust. 6 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji, sporządzonej w Warszawie dnia 7 września 1992 r., Dz. U. z 1994 r., Nr 57, poz. 235: „Trybunał będzie orzekał w oparciu o poszanowanie prawa, w szczególności w oparciu o niniejszą umowę oraz inne obowiązujące porozumienia istniejące między obu Umawiającymi się Stronami oraz zgodnie z powszechnie obowiązującymi normami i zasadami prawa międzynarodowego”.

⁵⁰ Argument ten przemawia zdaniem Ch. Tietje za tym, że art. 344 TFUE nie ma żadnego znaczenia dla postępowań pomiędzy inwestorem a państwem inwestycji. Ch. Tietje, *Bilaterale Investitionschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, styczeń 2011, nr 104, s. 17.

⁵¹ Ch. Söderlund, *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, Journal of International Arbitration 2007, vol. 24, nr 5, s. 458-460.

prawnym dwóch orzeczeń odnoszących się do tej samej sprawy, której stroną jest jednostka, można zatem wykluczyć. Postępowanie przeciwko państwu-stronie BIT może jednakże być wszczynane nie tylko przez inwestora (podmiot indywidualny), ale również przez inne państwo. Teoretycznie zatem, wszczęcie postępowania przeciwko innemu państwu członkowskiemu z tytułu naruszenia przez nie zasady swobody przepływu kapitału może mieć miejsce zarówno w oparciu o prawo UE (i przed TSUE), jak i dwustronnej umowy inwestycyjnej (przed powołanym trybunałem arbitrażowym), a w konsekwencji przyczynić się do istnienia w obrocie prawnym dwóch rozstrzygnięć odnoszących się do tego samego naruszenia⁵².

Odniesienie do art. 344 TFUE oraz kwestii monopolu jurysdykcyjnego TSUE możemy znaleźć przykładowo w wyrokach w sprawach *Eastern Sugar*⁵³, *J. Binder*, *Eureka czy Oostergel i Laurentius*, na podstawie których można zauważyć niechęć trybunałów arbitrażowych do rezygnacji z wykonania jurysdykcji. W pierwszej z nich (*Eastern Sugar*) organ rozpoczął rozważania od wskazania, że podstawą do badania jurysdykcji jest sama umowa w zakresie odnoszącym się do arbitrażu, co wynika z zasad UNCITRAL⁵⁴. Trybunał nie zgodził się z twierdzeniami, iż przystąpienie do UE spowodowało wygaśnięcie BIT, nie zgodził się również na skierowanie do TSUE pytania prejudycjalnego w tym zakresie. Jak wskazał Trybunał, musi on samodzielnie zdecydować o posiadanej bądź nie jurysdykcji⁵⁵. Wyrok częściowy w sprawie jurysdykcji oparty został głównie o normy prawa międzynarodowego publicznego. Po ustaleniu, że traktaty akcesyjne Czech i Holandii nie zawierały żadnej regulacji w przedmiocie ważności BIT⁵⁶, Trybunał zadecydował, iż efekt przystąpienia do regionalnego wielostronnego traktatu musi być oceniany zgodnie z prawem narodów⁵⁷. Wygaśnięcia czesko-holenderskiego BIT nie można natomiast stwierdzić ani w oparciu o lit. a), ani lit. b) art. 59 ust. 1 KWPT. Choć ochrona inwestycji i swoboda przepływu kapitału są uregulowane w obu systemach prawnych w sposób odmienny, to mają one jednak charakter komplementarny. W kolejnych słowach Trybunał dokonał interpretacji unijnej zasady niedyskryminacji wskazując, że jeżeli Traktaty przyznają przywileje szersze niż BIT, wówczas wszyscy członkowie UE „w tym Holandia i holenderscy inwestorzy” mogą dochodzić tych praw; jeżeli zaś BIT przyznają jakieś uprawnienia holenderskim inwestorom, niedostępne podmiotom z innych państw członkowskich, to ci inwestorzy i państwa, dla których korzyści BIT są niedostępne, powinni żądać przyznania im równych praw⁵⁸. Tym samym dokonano interpretacji prawa UE, do której zgodnie z art. 267 lit. a TFUE oraz art. 344 TFUE uprawniony jest jedynie TSUE. A zatem, brak formalnego uregulowania dalszego obowiązywania umowy zawartej przez państwa członkowskie przed 1 maja 2004 r. doprowadził do sytuacji, w której zawarta w art. 344 TFUE klauzula jurysdykcyjna skierowana do państw członkowskich, mająca zabezpieczać

⁵² Przykładowo, art. 6 umowy między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z Rządem Republiki Francuskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, podpisana w Paryżu dnia 14 lutego 1989 r., (Dz. U. z 1990 r., Nr 38, poz. 220) ustanawia swobodę przepływu kapitału pomiędzy umawiającymi się państwami, a art. 8 tej umowy dopuszcza skierowania sporu międzypaństwowego w zakresie stosowania i interpretacji umowy na drogę arbitrażu.

⁵³ Wyrok częściowy Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 27 marca 2007 r. nr SCC 088/2004 w sprawie *Eastern Sugar B. V. v. The Czech Republic*.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 116.

⁵⁵ *Ibidem*, pkt 142.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt. 143-154.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt. 156-158.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt. 169-170.

system unijny od dokonywania interpretacji prawa jego przez zewnętrzny organ sądowy, okazała się nieskuteczna, w tym sensie, że ustanowione na mocy wcześniejszych traktatów pomiędzy państwami członkowskimi organy arbitrażowe orzekają w wynikających z tych traktatów sporach o stosowaniu wykładni prawa Unii.

Podobnie, w sprawie *J. Binder v. The Czech Republic*⁵⁹ Trybunału nie przekonała argumentacja rządu czeskiego, iż umowa inwestycyjna z Holandią wygasła, zanim skarżący wszczął postępowanie arbitrażowe. Dlatego Trybunał uznał BIT za prawnie wiążącą umowę międzynarodową, a siebie kompetentnym do rozstrzygnięcia sporu. Potwierdza to niechęć trybunałów arbitrażowych do rezygnacji z możliwości sprawowania wymiaru sprawiedliwości nadanej im przez dwustronną umowę o ochronie inwestycji oraz istnienie zagrożenia, że prawo Unii będzie podlegało wykładni dokonywanej przez te trybunały.

Z kolei w sprawie *Eureko B. V. v. The Slovak Republic*⁶⁰ zaproszona do zajęcia stanowiska Komisja Europejska, powołując się na art. 344 TFUE, zaakcentowała wyłączność jurysdykcji TSUE w odniesieniu do interpretacji i stosowania (w tym stwierdzenia naruszenia) prawa Unii. Wskazując na „zasadę ustanowioną w sprawie *MOX Plant* pomiędzy Zjednoczonym Królestwem i Irlandią”, zgodnie z którą wyłączność jurysdykcyjna dotyczy sporów pomiędzy państwami członkowskimi, które choć w części dotyczą prawa UE, Komisja podkreśliła, że państwa członkowskie uciekające się do międzypaństwowych mechanizmów arbitrażowych oferowanych przez BIT naruszają art. 344 TFUE⁶¹. Komisja zaproponowała, aby Trybunał Arbitrażowy zajął stanowisko analogiczne do organu rozpoznającego sprawę *MOX Plant* i „mając na względzie wzajemny szacunek i uznanie („*mutual respect and comity*”), które powinny przeważać w relacjach pomiędzy instytucjami sądowymi” zawiesił postępowanie w związku z wszczętym przez Komisję przeciwko Słowacji postępowaniem naruszeniowym⁶².

Organ rozjemczy podkreślił, że o ile art. 344 TFUE może mieć wpływ na spory pomiędzy państwami – stronami BIT, to nie dotyczy on postępowań z udziałem jednostki⁶³. Nietrafnym w przekonaniu Trybunału był również argument oparty na zakazie stosowania BIT jako niezgodnego z prawem UE i wyłączności TSUE w odniesieniu do interpretacji tego prawa. Jedyłą podstawą do pozbawienia Trybunału jurysdykcji, poza art. 59 KWPT oraz art. 30 KWPT, mogła być, zdaniem Trybunału Arbitrażowego, konieczność zastosowania prawa Unii do rozstrzygnięcia sporu (przy jednoczesnym braku zgody stron na stosowanie innych umów międzynarodowych w BIT lub w prawie niemieckim). Taka sytuacja nie zachodzi z racji wynikającego z art. 8 BIT obowiązku uwzględnienia przez Trybunał całości mającego zastosowanie między stronami prawa, w tym krajowego i międzynarodowego. Argument, że TSUE posiada całkowity monopol w zakresie interpretacji prawa Unii jest nietrafny – dotyczy on jedynie sytuacji ostatecznej i autorytatywnej wykładni prawa, w pozostałym zakresie jest on wręcz dzielony choćby z sądami krajowymi, które zgodnie z doktryną *acte clair* nie zawsze mają

⁵⁹ Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 6 czerwca 2007 r. w sprawie *J. Binder v. The Czech Republic*, nie publikowane.

⁶⁰ Wyrok w przedmiocie jurysdykcji Trybunału Arbitrażowego (UNCITRAL) z 26 października 2010 r. w sprawie nr PCA 2008-13, *Eureko B. V. v. The Slovak Republic* (jako rejestr dla sprawy wybrano Międzynarodowe Biuro Stałego Trybunału Arbitrażowego, stąd sygnatura PCA).

⁶¹ *Ibidem*, pkt. 178-187.

⁶² *Ibidem*, pkt. 194-196.

⁶³ *Ibidem*, pkt 276.

obowiązek kierowania pytań prejudycjalnych⁶⁴. Z drugiej strony, jak uznał Trybunał, nie posiada on jurysdykcji, aby stwierdzić naruszenie prawa Unii. Wskazał, że sposób, w jaki ta limitacja wpłynie na rozstrzygnięcie sprawy, wyjaśni się na etapie późniejszym⁶⁵. Niestety, ostateczny wyrok jest niedostępny dla osób trzecich⁶⁶. Podsumowując stosunek Trybunału do uczestnictwa stron umowy inwestycyjnej w organizacji, jaką jest UE, zauważyć należy, że organ ten dokonał oceny działania państw (tj. ich związania różnego rodzaju umowami międzynarodowymi przewidującymi organy rozstrzygania sporów) z punktu widzenia posiadania przez nie statusu podmiotu prawa międzynarodowego, którego zgoda na członkostwo w UE nie skreśla automatycznie obowiązków wynikających z zawartych Traktatów⁶⁷.

Inny niepokojący sygnał, jaki znaleźć można w orzecznictwie arbitrażowym, wypływa z wyroku w sprawie *Oostergetel & T. Laurentius v. The Slovak Republic*⁶⁸. Rozpoznający ją Trybunał wskazał, że to, czy prawo WE stanowi przeszkodę do stwierdzenia istnienia jurysdykcji, pozostaje bez znaczenia dla stosowania przez Trybunał wszelkich relewantnych dla sprawy norm prawa wspólnotowego, będących częścią prawa krajowego Słowacji, a tym samym prawem mającym zastosowanie pomiędzy stronami zgodnie z art. 8 ust. 6 BIT. Ponieważ bezspornym jest, że prawo UE stanowi od dnia akcesji element porządku prawnego Słowacji, musi ono być stosowane, a „trybunał będzie dążyć do wykładni zarówno BIT jak i mającego zastosowanie prawa UE w sposób, który minimalizuje niezgodność i zwiększa spójność”⁶⁹.

Stanowisko zajęte przez Trybunał w sprawie *Oostergetel & Laurentius* pokazuje, że obawy o możliwość ingerencji trybunałów arbitrażowych w autonomiczny porządek prawny UE są uzasadnione. Trybunał w żaden sposób nie podlegający systemowi unijnemu posiadał w omawianej sprawie na mocy BIT uprawnienie do stosowania prawa relewantnego w stosunkach między stronami, w tym unijnego i z takiej prerogatywy, jak wynika z zacytowanego powyżej fragmentu wypowiedzi, nie zamierzał rezygnować. Będąc świadomym wyjątkowości porządku prawnego, jaki został przez lata ukształtowany przez Traktaty i Trybunał Sprawiedliwości można z dużym prawdopodobieństwem przyjąć, że wykładnia tych samych norm prawa unijnego przez trybunał arbitrażowy i TSUE prowadziłyby do innych wniosków.

Stanowiska trybunałów arbitrażowych pokazują, że organy świadome są swojej niezależności sędziowskiej i mogą być odporne na próby narzucenia im poglądu (oczywistego dla organów unijnych) o prymacie prawa UE i niestosowaniu w związku z tym postanowień wewnętrznych BIT, również tych dotyczących rozstrzygania sporów. Taka postawa organów

⁶⁴ *Ibidem*, pkt. 278-282.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 290.

⁶⁶ Zob. na <http://italaw.com/cases/documents/1627> dostęp 6.04.2014 r.

⁶⁷ Na temat rozważań Trybunału Arbitrażowego w przedmiocie zgody stron A. Kozłowski pisze, iż organ słusznie rozpoznał status norm mających znaczenie dla sprawy (tj. *lex generalis* prawa międzynarodowego oraz *lex specialis* prawa europejskiego) i nadrzędność prawa międzynarodowego nad unijnym, a tym samym zdecydował o konieczności weryfikacji posiadanej jurysdykcji w świetle zgody wyrażonej przez państwo na bycie poddanym osądowi organu międzynarodowego. A. Kozłowski, *Award on Jurisdiction, Arbitrality and Suspension (Eureka B.V. v. the Slovak Republic, PCA Case no. 2008-13) – Intra-EU Jurisdictional Objection*, w: B. Krzan (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 371-375.

⁶⁸ Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* w przedmiocie jurysdykcji (UNCITRAL) z 30 kwietnia 2010 r. w sprawie *J. Oostergetel & T. Laurentius v. The Slovak Republic*, wyrok końcowy z 23 kwietnia 2012 r.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt. 99-100.

arbitrażowych nie jest bynajmniej niezrozumiała biorąc pod uwagę, że zasada pierwszeństwa ma charakter czysto wewnętrzny. W rezultacie jej obowiązywania zadaniem sądów państw członkowskich jest stosowanie prawa UE przed prawem krajowym, taki obowiązek nie ciąży jednak na międzynarodowych sądach arbitrażowych w świetle prawa międzynarodowego⁷⁰.

Co więcej, jak powiedział wprost Trybunał w sprawie *Eureka*, „fakt, że na etapie rozstrzygnięcia sprawy co do *meritum* trybunał może być zobowiązany do wzięcia pod uwagę i zastosowania prawa UE nie pozbawia go jurysdykcji. Trybunał może brać pod uwagę i stosować prawo UE, jeśli jest do tego zobowiązany, zarówno jako element prawa międzynarodowego, jak i prawa niemieckiego”⁷¹.

W kontekście powyższych rozważań, uprawnionym jest wniosek, że prawo Unii może mieć znaczenie dla trybunałów rozstrzygających spory w oparciu o dwustronne umowy inwestycyjne państw członkowskich UE. Tym samym, może stać się ono przedmiotem stosowania bądź interpretacji dokonywanej przez organ inny niż TSUE, co godzi w założenie ujęte w art. 344 TFUE jednolitej interpretacji i stosowania prawa Unii i skupionej w rękach TFUE jurysdykcji w tym zakresie. Wyłączna jurysdykcja TSUE w praktyce przestaje zatem być wyłączna⁷². Ta niechętnie widziana przez UE sytuacja nie stanowi przeszkody dla wszczynania postępowań arbitrażowych przez inwestorów, którzy nie są adresatami zakazu ustanowionego w treści art. 344 TFUE.

7. Opinia 1/09

Innym przykładem analizy zakresu obowiązków nałożonych na państwa przez art. 344 TFUE jest opinia TSUE 1/09⁷³, w której Trybunał ustosunkował się do projektu utworzenia Europejskiego i wspólnotowego sądu patentowego.

Trybunał stwierdził, iż: „utworzeniu sądu patentowego nie może także stanąć na przeszkodzie art. 344 TFUE, ponieważ postanowienie to ogranicza się do zakazania państwom członkowskim poddawania sporów dotyczących wykładni lub stosowania Traktatów procedurze rozstrzygnięcia innej niż w nich przewidziana. Natomiast właściwość, która zgodnie z projektem porozumienia miałaby zostać przyznana sądowi patentowemu, dotyczyłaby jedynie związanych z patentami sporów między jednostkami”⁷⁴. Trybunał przypomniał stanowisko zajęte w opinii 1/91, że jego zadaniem jest zapewnienie przestrzegania autonomii porządku prawnego Unii⁷⁵, tym niemniej, umowy międzynarodowe przewidujące ustanowienie organu sądowego nie są co do zasady niezgodne z prawem UE. Ustanowienie nowego systemu sądowego TSUE uznał jednak za niezgodne z Traktatami między innymi dlatego, że organ sądowy przewidziany w projekcie porozumienia „miałby dokonywać wykładni i stosować nie tylko postanowienia tego porozumienia, ale także przyszłe rozporządzenie w sprawie patentu wspólnotowego oraz inne instrumenty prawa Unii, w szczególności rozporządzenia

⁷⁰ Tak też B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, (w:) P. Craig, G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 182-183.

⁷¹ Wyrok w sprawie *Eureka* (przypis 60), pkt 283.

⁷² N. Lavranos wskazuje wręcz, że kompetencja TSUE staje się w praktyce nie „nie tak wyłączna, co raczej mieszana”; N. Lavranos (przypis 46), s. 27.

⁷³ Opinia TSUE z 8 marca 2011 r. 1/09 w sprawie ustanowienia jednolitego systemu rozstrzygnięcia sporów patentowych.

⁷⁴ *Ibidem*, pkt 63.

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 67.

i dyrektywy (...)⁷⁶. Z tego względu, „planowane porozumienie (...) pozbawiłoby sądy państw członkowskich ich kompetencji w zakresie dokonywania wykładni i stosowania prawa Unii, a Trybunał jego właściwości do udzielania w ramach trybu prejudycjalnego odpowiedzi na zadawane przez te sądy pytania”⁷⁷.

Opinia w sprawie utworzenia jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych daje jasną odpowiedź na pytanie o zakres podmiotowy art. 344 TFUE. Wątpliwości w tej materii powstały w szczególności w związku z postępowaniami toczącymi się przez sądami arbitrażowymi na podstawie wewnętrznych dwustronnych umów inwestycyjnych (tj. *Eastern Sugar, J. Binder, Eureka* i innych, o których mowa powyżej). TSUE jednoznacznie stwierdził, iż jego wyłączność jurysdykcyjna nie obejmuje rozpoznawania sporów z udziałem jednostek, potwierdzając tym samym stanowisko organów arbitrażowych. Idąc dalej stwierdzić należy, że naruszeniem normy art. 344 TFUE nie będzie również samo ustanowienie przez państwo członkowskie UE na mocy zawartej umowy międzynarodowej systemu rozstrzygania sporów z udziałem jednostek, choćby istniało zagrożenie, że powołany organ będzie miał sposobność interpretacji i stosowania prawa Unii.

8. Podsumowanie

Unia Europejska jest najbardziej rozwiniętą organizacją regionalną o charakterze gospodarczym (ale nie tylko), do czego niewątpliwie przyczynił się TSUE, który od początku stał na straży integralności jej porządku prawnego⁷⁸. Chęć zachowania jego autonomicznego charakteru przez twórców Traktatów, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości, wynika właśnie z treści normy art. 344 TFUE. Jest on wyrazem preferencji dla scentralizowanego i zamkniętego systemu sądowego rozstrzygania sporów⁷⁹. Klauzula jurysdykcyjna przyznająca TSUE wyłączność w zakresie sporów wszczętych na wniosek państwa członkowskiego i dotyczących interpretacji i stosowania prawa Unii jest jednym z instrumentów, które mają zapewnić realizację tego celu. Jak stwierdza rzecznik generalny M. P. Maduro w opinii do sprawy *MOX Plant*, wyłączna jurysdykcja TSUE w zakresie rozpatrywania sporów pomiędzy państwami członkowskimi „służy zapewnieniu, aby państwa członkowskie nie zaciągały zobowiązań prawnych wynikających z prawa międzynarodowego publicznego, które mogłyby pozostawać w konflikcie ze zobowiązaniami tych państw na gruncie prawa wspólnotowego”⁸⁰.

Klauzule takie jak zawarta w art. 344 TFUE, są użytecznym narzędziem służącym przeciwdziałaniu konfliktom jurysdykcyjnym, będącym nieodłączną konsekwencją proliferacji sądów międzynarodowych. Podkreślić jednak należy, że ich skuteczność uwarunkowana jest po pierwsze stopniem precyzji sformułowania takiego przepisu, a po drugie respektowaniem go

⁷⁶ *Ibidem*, pkt 78.

⁷⁷ *Ibidem*, pkt 89.

⁷⁸ P.J. Cardwell, *The European Court of Justice as a Constitutional Court: Implications for the EU and International Legal Orders*, (w:) D. French, M. Saul, N. D. White. (red.), *International Law and Dispute Settlement, New Problems and Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2010, s. 367.

⁷⁹ T.T. Koncewicz, *Jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości: Nietypowa międzynarodowa, czy szczególnie wspólnotowa?* *Palestra* 2006, nr 9-10; A. Kozłowski, *Autonomia walidacyjna prawa wspólnotowego*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 2006, nr 1-2, LEX nr 92335/3.

⁸⁰ Opinia rzecznika generalnego M. P. Maduro z 18 stycznia 2006 r. w sprawie C-459/03 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia*, pkt 10.

przez inny organ. Jeśli chodzi o pierwszy warunek, to art. 344 TFUE, zawiera częściowo jasne zobowiązanie, którego jednak pełny kształt wynika dopiero z orzecnictwa TSUE. Po pierwsze, jest on skierowany wyłącznie do państw członkowskich. Potwierdził to TSUE w opinii 1/09 uznając, że norma ta nie stoi na przeszkodzie ustanowieniu systemu sądowego, w ramach którego jednostka szukać będzie ochrony prawnej przed innym sądem. Z orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości nie wynika, aby art. 344 TFUE wyłączał możliwość zawarcia przez państwo członkowskie umowy międzynarodowej, na mocy której ustanowiony będzie system rozstrzygania sporów z udziałem jednostek, takiej jak BIT. Taki zakres *ratione personae* w sposób prawidłowy odczytywany był przez Trybunał Arbitrażowy rozstrzygający sprawę *Eureka*. Objęcie normą art. 344 TFUE jedynie takich sporów wynika z uwarunkowań historycznych, w jakich pierwotnie ten artykuł był formułowany. Celem tej normy prawdopodobnie było zapobieżenie kierowaniu sporów do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, aby uniknąć rozbieżności w interpretacji prawa wspólnotowego⁸¹.

Nie można również uznać, że samo istnienie klauzuli arbitrażowej w umowie bilateralnej o wzajemnym wspieraniu inwestycji zawartej przez państwa członkowskie UE stanowi naruszenie zakazu zawartego w art. 344 TFUE. Konkluzja ta wynika z faktu, że umowy te regulują również materię definitywnie nie wchodzącą w zakres kompetencji Unii, w związku z czym skorzystanie z arbitrażu w przypadku określonej kategorii sporów nie naruszy jurysdykcji TSUE.

Zakaz ustanowiony w TFUE obejmuje *ratione materiae* wszelkie spory dotyczące interpretacji i stosowania najważniejszych źródeł prawa Unii, czyli Traktatów. Wynika to wprost z brzmienia art. 344 TFUE. Orzeczenie TSUE w sprawie *Komisja v. Irlandia (MOX Plant)* pokazuje, że interpretacja pojęcia „wykładni i stosowania Traktatów” powinna być szeroka, obejmując, analogicznie do art. 267 TFUE, wykładnię innych źródeł prawa Unii. Trybunał Sprawiedliwości UE dokonując analizy, czy państwo naruszyło jego wyłączność jurysdykcyjną badał, czy przedmiot sporu pomiędzy Irlandią i Zjednoczonym Królestwem wchodzi w zakres prawa Unii, stawiając *de facto* tym samym znak równości pomiędzy art. 344 TFUE i 267 TFUE *ratione materiae*. Jeśli uznać ten zabieg za słuszny, to należy przyjąć, że brzmienie klauzuli jurysdykcyjnej zapewniającej TSUE wyłączność w zakresie sporów międzypaństwowych jest nieprecyzyjne. Zewnętrzny w stosunku do Unii sąd międzynarodowy musi wykazać się pewną wiedzą na temat systemu prawnego Unii (bądź dociekliwością), w tym znajomością orzecnictwa TSUE aby stwierdzić, że rozpoznanie sporu pomiędzy państwami członkowskimi dotyczącego wykładni bądź stosowania prawa wtórnego należy do kompetencji wyłącznej sądu Unii. Szczególnie trudne zagadnienie, specyficznych dla porządku prawnego UE źródeł prawa w postaci umów mieszanych, może nastęrczyć trudności w kwalifikacji, czy kompetencję w ramach dziedziny objętej sporem posiada państwo członkowskie, czy przekazana została ona Unii. Nie każdy sąd wykaże się, tak jak zrobił to Trybunał Arbitrażowy UNCLOS w sprawie *MOX Plant*, kurtuazją sądową, pozwalając TSUE na podjęcie decyzji, czy spór dotyczy materii wchodzącej w zakres jego jurysdykcji, czy też nie. Niekiedy wynikać będzie to z faktu, że procedury funkcjonowania sądu międzynarodowego nie przewidują takiej prawnej możliwości, częściej z powodu chęci takiego podmiotu do wypełnienia zadania, dla którego go powołano i samodzielnego decydowania o posiadaniu jurysdykcji, zgodnie z doktryną *compétence de la compétence*. Taką postawę przyjął właśnie Trybunał Arbitrażowy

⁸¹ T. Lock (przypis 11), s. 294.

w sprawie *Iron Rhine*, który dokonując interpretacji prawa Unii w zakresie, w jakim nakłada ono na sądy państw członkowskich obowiązek kierowania pytania prejudycjalnego do TSUE uznał, że nie zachodzi potrzeba zastosowania norm Traktatu i dyrektywy i w związku z tym nie wypełniona została hipoteza normy art. 344 TFUE.

Drugim czynnikiem, poza precyzją klauzuli jurysdykcyjnej, mającym wpływ na jej skuteczność, jest respektowanie tego rodzaju postanowienia przez zewnętrzny organ. K. Bjorklund słusznie zauważa, że efektywność tego typu klauzuli zależy nie tylko od postawy państw nią związanych, ale również od gotowości innych trybunałów do honorowania ich, a także od autorytetu organu starającego się wymusić szacunek dla jego wyłącznej jurysdykcji⁸². Jak obrazuje postępowanie w sprawie *MOX Plant* w przeszłości dochodziło już do naruszenia przez państwa członkowskie zakazu zawartego w art. 344 TFUE. Niezależny sąd międzynarodowy nie jest bowiem związany normą art. 344 TFUE, a zakres swojej jurysdykcji ustalał będzie w oparciu o powołujące go umowy międzynarodowe oraz inne normy, w tym swoje wewnętrzne regulaminy. Z chwilą tą TSUE traci wpływ na interpretację prawa UE dokonywaną przez konkurencyjny sąd⁸³, co może zagrażać jednolitości porządku prawnego.

T. Lock wylicza kilka argumentów, które przemawiają jednak za powinnością respektowania przez inne trybunały wyłączności jurysdykcyjnej TSUE. Pierwszym z nich jest rodząca się wśród niemieckiej doktryny koncepcja *Störverbot*, treścią której jest zakaz nałożony na organizację międzynarodową przeszkadzania w efektywnym wykonywaniu zadań innej organizacji międzynarodowej. Choć postulat ten nie został w sposób wyraźny zaakceptowany przez MTS, autor wskazuje, iż istnieje wiele orzeczeń innych sądów międzynarodowych opartych na tej zasadzie. Innym argumentem jest uznanie, że chęć odwołania się przez państwo do innego forum sądowego niż to, które jest wyłącznie właściwe (na co państwo to wyraziło uprzednio zgodę zawierając umowę międzynarodową) stanowi nadużycie prawa. Istnieją również przesłanki, aby obecny art. 344 TFUE uznać za *lex specialis* w stosunku do innych norm regulujących jurysdykcję podmiotów innych niż TSUE⁸⁴.

Nie wszystkie organy sądowe są gotowe do zaakceptowania narzucanego przez TSUE ograniczenia ich jurysdykcji⁸⁵. B. Hofstätter wskazuje, że opierając się w sprawie *MOX Plant* wyłącznie na argumentacji prawnej odnoszącej się do prawa wspólnotowego, Trybunał unijny przyjmuje za oczywiste, że zajmuje on czołowe miejsce w hierarchii organów jurysdykcyjnych w prawie międzynarodowym, podczas kiedy taka hierarchia nie istnieje. Autorowi nie można odmówić racji, że art. 344 TFUE, choć zamyka drogę państwom członkowskim do szukania forum innego niż TSUE, nie jest jednak wiążący dla innych sądów⁸⁶. Potwierdza to postawa zarówno Trybunału Arbitrażowego UNCLOS, jak i Trybunału Arbitrażowego OSPAR, które za prawnie relewantne uznały jedynie normy przyznające im kompetencję do rozpoznawania sporów na gruncie powołującej je do życia umowy międzynarodowej. Strategia,

⁸² A. K. Bjorklund, *Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals is Not Working*, Hastings Law Journal 2007, vol. 59, UC Davis Legal Studies Research Paper No. 124, s. 150.

⁸³ B. Krzan, *Komentarz do art. 344 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, (w:) D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel i in. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*. Tom III (art. 223-358), LEX 2012, pkt 344.6.

⁸⁴ T. Lock (przypis 11), s. 300-313.

⁸⁵ B. Hofstätter, *Can she excuse my wrongs? The European Court of Justice and international courts and tribunals*, Croatian Yearbook of European Law and Policy 2007, vol. 3, s. 405.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 405.

polegająca na zastrzeżeniu dla TSUE prawa do badania jego kompetencji i wykonania jej przed ewentualną równoległą jurysdykcją innego sądu okazała się nie zawsze skuteczną. W literaturze wskazuje się, że wydaje się rozsądnym podejściem, aby zważywszy na treść art. 31 ust. 3 c KWPT brać pod uwagę w sprawach pomiędzy państwami członkowskimi UE treść art. 344 TFUE⁸⁷. W tym kontekście odnotowania wymaga postawa Trybunału Arbitrażowego UNCLOS, świadomego przynależności do grona licznych sądów działających w międzynarodowym porządku prawnym, który w dyplomatyczny sposób dokonał stosownego samoograniczenia. Zabieg ten był jednak możliwy dzięki obecności wśród norm Konwencji o Prawie Morza przepisów takich jak art. 282, pozwalającego na uniknięcie wkraczania w sferę kompetencji sądu organizacji o charakterze regionalnym.

Powołane przykłady pokazują, że klauzula jurysdykcyjna z art. 344 TFUE nie jest instrumentem wystarczającym do realizacji celu w postaci zapobiegania konfliktom jurysdykcji i konfliktom orzecznictwa. Oba te następstwa multiplikacji międzynarodowych sądów są równie niepożądane z unijnego punktu widzenia jako zagrażające jednolitej wykładni tego porządku prawnego i jego integralności. Art. 344 TFUE powoływany jest właśnie dla wsparcia bariery ochronnej przed ingerencją innych sądów międzynarodowych w unijny porządek prawny, podczas gdy pierwotne *ratio legis* tej normy było zupełnie inne. Tak jak wskazano powyżej, głównym celem wprowadzenia w latach 50-tych klauzuli z obecnego art. 344 TFUE było prawdopodobnie zapobieżenie kierowaniu sporów do MTS. Rozwój sądownictwa międzynarodowego sprawia, że regulacja traktatowa odnosząca się do proliferacji trybunałów międzynarodowych jest przestarzała i niewystarczająca, co wymusza poszukiwanie innych środków uregulowania relacji pomiędzy sądami i orzecznictwem międzynarodowym i europejskim. Jeżeli państwa członkowskie pozostaną lojalne wobec unijnego porządku prawnego, to nawet wówczas, gdy jurysdykcja dwóch lub więcej trybunałów będzie w zbiegu, strony nie skorzystają z możliwości wszczęcia postępowania alternatywnego do tego przewidzianego Traktatem. Sprawa *Iron Rhine* uświadamia jednak, że państwa członkowskie nie zrezygnują łatwo z możliwości korzystania z postępowań arbitrażowych, których zaletą w sytuacji, gdy w grę wchodzi stosowanie prawa Unii, jest niezależność od ograniczeń narzucanych przez unijny system prawny (takich jak prymat prawa Unii). Działania państw w sprawie *Iron Rhine* wskazują wręcz na ich preferencję dla arbitrażu międzynarodowego, ku niezadowoleniu TSUE.

Czynnikiem przeciwdziałającym ignorowaniu zakazu z art. 344 TFUE może być świadomość nieuchronności poniesienia kary przez naruszydciela. Odwołanie się przez Belgię i Holandię do arbitrażu w sprawie *Iron Rhine* nie zaowocowało jednak wszczęciem postępowania przez Komisję Europejską przeciwko tym państwom na podstawie art. 258 TFUE o niewywiązanie się ze zobowiązania, w postaci naruszenia monopolu jurysdykcyjnego TSUE, jak miało to miejsce w sprawie *MOX Plant*. Przyczyn dyferencjacji nie można odnaleźć z pewnością w stanach faktycznych i prawnych obu spraw, które dotyczyły przecież zaangażowania przez dwóch członków UE zewnętrznego trybunału arbitrażowego do interpretacji prawa Unii (z punktu widzenia Komisji), z naruszeniem art. 292 TWE. N. Lavranos sugeruje

⁸⁷ E. Cannizzaro, *Interconnecting International Jurisdictions: A contribution from the Genocide Decision of the ICJ*, European Journal of Legal Studies 2007, nr 1, s. 15.

bliżej niewyjaśnione powody natury ekonomicznej, politycznej bądź dyplomatycznej⁸⁸. Odpowiedź na pytanie, czym uzasadnione jest tak różne podejście Komisji w sprawach, z których obie spełniają przesłanki naruszenia art. 344 TFUE, może być następująca: o sporze w sprawie *Iron Rhine* Komisja została odpowiednio wcześniej poinformowana i prawdopodobnie wyraziła zgodę na jego rozstrzygnięcie na drodze arbitrażu⁸⁹. Stronom trudno zarzucić również naruszenie obowiązku lojalnej współpracy wynikającego z art. 4 ust. 3 TUE poprzez brak konsultacji podjętych kroków prawnych z odpowiednimi instytucjami unijnymi, ponieważ przedstawiły one Komisji swoje zamiary i nie doczekały się stosownego sprzeciwu. Czynnikiem decydującym mogła być również, w przekonaniu autorki, powtarzalność sytuacji stwarzającej zagrożenie dla porządku prawnego Unii. Rosnąca liczba zawieranych mieszanych umów międzynarodowych zwiększa prawdopodobieństwo ponownego wystąpienia wątpliwości co do istnienia jurysdykcji TSUE w sprawie. Z kolei ewentualność powstania sporów dotyczących umów bilateralnych pomiędzy państwami członkowskimi, których rozstrzygnięcie wymagałoby interpretacji prawa Unii (tak jak w sprawie *Iron Rhine*) była na tyle nieznaczną, że nie rodziła obaw o wielokrotność naruszeń monopolu jurysdykcyjnego sądu unijnego.

Jakkolwiek nie umotywowana byłaby postawa Komisji wobec postępowania w sprawie *Iron Rhine*, zaistniały bieg zdarzeń pokazuje, że sam Trybunał nie posiada odpowiednich narzędzi do ochrony swoich kompetencji i przy braku działań Komisji nie może utrzymać szczelności klauzuli jurysdykcyjnej zawartej w art. 344 TFUE. Komisja odgrywa zatem kluczową rolę dla utrzymania monopolu jurysdykcyjnego TSUE, nawet jednak jeżeli podejmuje ona aktywne działania w tym kierunku, mogą one być zniweczone przez długość trwania postępowania dotyczącego naruszenia przez państwo członkowskie jego zobowiązania wynikającego z art. 344 TFUE. Zakładając asertywne – analogiczne do tego, jakim wykazał się Trybunał Arbitrażowy UNCLOS – podejście sądów międzynarodowych do własnej jurysdykcji, zakończenie postępowania z art. 258 TFUE będzie miało miejsce już po wydaniu przez nie wyroku. W tych okolicznościach uznanie, że nastąpiło naruszenie art. 344 TFUE, podważałoby autorytet zewnętrznego sądu, bądź wręcz powodowało jego ośmieszenie na arenie międzynarodowej⁹⁰. Dlatego ostrożne i selektywne korzystanie (a zatem z pominięciem sytuacji, w których działanie to byłoby zbyt późne bądź nieproporcjonalne do naruszenia, nieniosącego realnego zagrożenia dla porządku prawnego Unii) przez Komisję z instrumentu, jakim jest możliwość ukarania państwa za brak poszanowania wyłączności TSUE, można uznać za wyraz kurtuazji (*comity*), choć nie sądowej, lecz politycznej⁹¹.

W sytuacji konfliktu zobowiązań międzynarodowych państw członkowskich, celem uszczelnienia bariery ochronnej, jaką tworzy klauzula jurysdykcyjna z art. 344 TFUE, instytucje Unii mogą wykorzystywać art. 351 TFUE, obligując państwa członkowskie do zmiany zawartych umów międzynarodowych, mogących stanowić zagrożenie dla jednolitości i spójności wykładni prawa Unii, takich jak dwustronne umowy inwestycyjne. Dotychczas jednak organy

⁸⁸ N. Lavranos, *MOX Plant Dispute – Court of Justice of the European Communities*, *European Constitutional Law Review* 2006, vol. 2, nr 3, s. 239.

⁸⁹ N. Lavranos, *Protecting its exclusive jurisdiction: The MOX plant judgment of the ECJ*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2006, vol. 5, nr 3, s. 490.

⁹⁰ Tak: B. Hofstätter (przypis 5), s. 409.

⁹¹ B. Hofstätter ostrzega, że taka postawa rodzi pole do nadużyć przez państwa członkowskie, które mogą próbować unikać obowiązku kierowania sporu do TSUE poprzez ustanowienie szybko działających arbitrow. B. Hofstätter (przypis 5), s. 411.

UE nie zaproponowały atrakcyjnej alternatywy dla zawartych pomiędzy państwami członkowskimi BIT, które regulują nie tylko włączoną do kompetencji Unii materię bezpośrednich inwestycji zagranicznych, ale również oferują inwestorom ochronę w postaci możliwości uzyskania odszkodowania za naruszenie BIT. Również trybunały arbitrażowe, w przeciwieństwie do Trybunału Arbitrażowego UNCLOS rozpoznającego sprawę *MOX Plant*, nie wykazały woli uregulowania relacji pomiędzy dwoma systemami prawa – unijnym i tworzonym przez dwustronne umowy inwestycyjne. Mając na względzie to oraz fakt, że dalsze obowiązywanie bilateralnych umów o ochronie inwestycji jest nieuniknione do czasu ich formalnego wypowiedzenia przez strony zgodnie z prawem międzynarodowym, Trybunał Sprawiedliwości UE powinien w trosce o zapewnienie sobie wyłączności jurysdykcyjnej rozpocząć dialog z innymi sądami międzynarodowymi. Taką postawą byłoby dopuszczenie kierowania przez nie pytań prejudycjalnych – niestety, nie jest to możliwe w obecnym stanie prawnym ze względu na brzmienie art. 267 TFUE. A zatem, aby ułatwić Trybunałowi uregulowanie stosunków z innymi sądami należałoby dokonać odpowiedniej zmiany Traktatu, co wydaje się obecnie mało prawdopodobne. Podobnie jednak jak w przypadku ewentualności utworzenia sądu do spraw pomiędzy inwestorem i państwem, również i w tym przypadku kierowanie pytań do TSUE pozbawia w pewnym zakresie system arbitrażowy zalety w postaci zaangażowania niezależnego organu do rozstrzygnięcia sprawy. Póki co pozostaje zatem Trybunałowi współpraca z Komisją w zakresie egzekwowalności zakazu z art. 344 TFUE oraz dialog z innymi sądami międzynarodowymi, aby te respektowały podstawowe zasady, którymi rządzi się porządek prawny Unii. Za pomocą takiego dyskursu możliwym jest wspólne wyznaczenie granic swobodnego orzekania przez współistniejące sądy międzynarodowe.

Literatura

1. Bjorklund A. K., *Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals is Not Working*, Hastings Law Journal 2007, vol. 59, UC Davis Legal Studies Research Paper No. 124
2. Cannizzaro E., *Interconnecting International Jurisdictions: a contribution from the Genocide Decision of the ICJ*, European Journal of Legal Studies 2007, nr 1
3. Cardwell P. J., *The European Court of Justice as a Constitutional Court: Implications for the EU and International Legal Orders*, (w:) French D., Saul M., White N.D. (red.), *International Law and Dispute Settlement, New Problems and Techniques*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2010
4. Franck S., *The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions*, Fordham Law Review 2005, vol. 73, nr 4
5. Gao J., *Comments on Commission of the European Communities v. Ireland*, Chinese Journal of International Law 2008, vol. 7, nr 2
6. Hofstätter B., *Can she excuse my wrongs? The European Court of Justice and international courts and tribunals*, Croatian Yearbook of European Law and Policy 2007, vol. 3
7. Koncewicz T.T., *Jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości: Nietypowa międzynarodowa, czy szczególna wspólnotowa?*, Palestra 2006, nr 9-10
8. Kozłowski A., *Autonomia walidacyjna prawa wspólnotowego*, Przegląd Prawa Europejskiego 2006, nr 1-2, LEX nr 92335/3
9. Kozłowski A., *Award on Jurisdiction, Arbitrality and Suspension (Eureko B.V. v. the Slovak Republic, PCA Case no. 2008-13) – Intra-EU Jurisdictional Objection*, (w:) Krzan B. (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012
10. Krzan B., *Komentarz do art. 344 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, (w:) Kornobis-Romanowska D., Łacny J., Wróbel A. i in. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, Tom III (art. 223-358), LEX 2012
11. Lavranos N., *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law*, ESIL Conference 2010, 27 września 2010 r., <http://ssrn.com/abstract=1683348>/dostęp 9.10.2014
12. Lavranos N., *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals*, European Environmental Law Review 2005, vol. 14, nr 8 i 9.
13. Lavranos N., *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2010, nr 9
14. Lavranos N., *Protecting its exclusive jurisdiction: The MOX plant judgment of the ECJ*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2006, vol. 5, nr 3.
15. Lock T., *The European Court of Justice: What are the limits of its exclusive jurisdiction?*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2009, vol. 16, nr 3
16. Marsden S., *MOX Plant and the Espoo Convention: Can Member State Disputes Concerning Mixed Environmental Agreements be Resolved Outside EC Law?*, Review of European Community and International Environmental Law 2009, vol. 18, nr 3
17. Shany Y., *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, New York 2003
18. Shany Y., *The first MOX Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures*, Leiden Journal of International Law 2004, vol. 17, nr 4
19. Söderlund Ch., *Intra-EU BIT investment protection and EC Treaty*, Journal of International Arbitration 2007, vol. 24, nr 5

20. Thienel T., *The Exclusive Jurisdiction of the European Court of Justice and Its Effect on Other International Courts and Tribunals*, (w:) Krzan B. (red.), *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012
21. Tietje Ch., *Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts*, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, styczeń 2011, nr 104
22. Witte B. de, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, (w:) Craig P., de Búrca G. (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford 1999

Orzecznictwo

1. Wyrok **Stalego Trybunału Arbitrażowego** z 24 maja 2005 r. w sprawie *Belgium v. The Netherlands (Ijzeren Rijn, Iron Rhine)*
2. Wyrok **TSUE** z 6 października 1982 r. w sprawie C-283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della Sanità*
3. Opinia TSUE z 14 grudnia 1991 r. 1/91 w sprawie projektu porozumienia między Wspólnotą z jednej strony a państwami członkowskimi Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu z drugiej strony o Europejskim Obszarze Gospodarczym
4. Wyrok TSUE z 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-316/01 *E. Glawischnig przeciwko Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen*
5. Wyrok TSUE z 27 stycznia 2005 r. w sprawie C-125/04 *G. Denuit, B. Cordenier przeciwko Transorient – Mosaique Voyages et Culture SA*
6. Opinia rzecznika generalnego TSUE M. P. Maduro z 18 stycznia 2006 r. w sprawie C-459/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*
7. Wyrok TSUE z 30 maja 2006 r. w sprawie C-459/03 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii*
8. Opinia TSUE z 8 marca 2011 r. 1/09 w sprawie ustanowienia jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych
9. Postanowienie **Trybunału Arbitrażowego ad hoc (UNCLOS)** nr 3 z 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (The MOX Plant Case) – suspension of proceedings on jurisdiction and merits and request for further provisional measures*
10. Postanowienie Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCLOS) nr 6 z 6 czerwca 2008 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (The MOX Plant Case) – Termination of Proceedings*
11. Wyrok **Trybunału Arbitrażowego ad hoc (OSPAR)** z 2 lipca 2003 r. w sprawie *Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (MOX Plant)*
12. Wyrok **Trybunału Arbitrażowego ad hoc (UNCITRAL)** z 27 marca 2007 r. nr SCC 088/2004 w sprawie *Eastern Sugar B. V. v. The Czech Republic*
13. Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 6 czerwca 2007 r. w sprawie *J. Binder v. The Czech Republic*
14. Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 30 kwietnia 2010 r. w sprawie *J. Oostergetel i T. Laurentius v. The Slovak Republic*
15. Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 26 października 2010 r. nr PCA 2008-13 w sprawie *Eureka B. V. v. The Slovak Republic*
16. Wyrok Trybunału Arbitrażowego *ad hoc* (UNCITRAL) z 23 kwietnia 2012 r. w sprawie *J. Oostergetel i T. Laurentius v. The Slovak Republic*